# Gesammelte

# Civilistische Schriften

von

Dr. Ludwig Arndts v. Arnesberg,

k. k. Hofrath und ordentl. Professor des römischen Rechts, wirkl. Mitglied der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Ritter des österr.-kaiserlichen Leopoldordens und des k. b. Michaelsordens I. Cl., Comthur des päpstlichen St. Gregorius-Ordens.

Erster Band.

Stuttgart.

Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1873.

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart.

Dem

j u b i l i r t e n

Doctor beider Rechte

# Carl Georg von Wächter.

## Hochverehrter Herr Geheimerath!

Nicht viel mehr fehlt an dem Ablauf von fünfzig Jahren, seit ich zuerst in der juristischen Literatur aufgetreten bin als Verfasser einer kleinen Inauguraldissertation, deren öffentliche Vertheidigung am 28. October 1825 mir das Doctordiplom der Berliner Juristenfacultät erwarb. Ich habe mich sodann an der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts noch weiter betheiligt, zumeist durch eine Reihe von einzelnen Aufsätzen, die in verschiedenen Zeitschriften und Sammelwerken zerstreut sind, und die ich nun, nahe dem Endziel wissenschaftlichen Strebens, in einer Sammlung vereinigt wieder herauszugeben wage. Mit einer gewissen Vorliebe aber sehe ich immer noch zurück auf jene meine Erstlingschrift, in Erinnerung an die freundliche Aufnahme, welche dieselbe damals bei Ihnen, Herr Geheimerath, gefunden, indem Sie ihr im zweiten Bande der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft S. 186—189 eine überaus günstige Beurtheilung angedeihen ließen, die wohl geeignet war, den nicht gar zu kühnen Jüngling zu weiteren Versuchen im Gebiet der Rechtswissenschaft zu ermuthigen, und auch einen der Habilitation desselben zum Privatdocenten in Bonn sehr förderlichen Eindruck gemacht hat, als Urtheil eines damals wohl auch noch jungen Gelehrten, der aber schon die Vorzeichen dessen gegeben, was sich später erfüllt hat und im vorigen Jahre glänzend bestätigt wurde durch das Doctorjubiläum, das als Jubelfest eines Sterns

erster Größe der deutschen Rechtswissenschaft gefeiert worden ist. Darum nun bitte ich Sie, es freundlich genehmigen zu wollen, daß ich zur Erinnerung an meine Primiz- und zugleich an Ihre Secundiz-Feier des in der ersten Stelle der Digesten genannten Sacerdotium diese Sammlung mit vorstehender Widmung hinauszugeben mir erlaube.

Dieselbe wird in drei Abtheilungen zerfallen: 1) zum Pandektenrecht mit Bezugnahme auf mein Lehrbuch der Pandekten; 2) zur römischen Rechtsgeschichte; 3) zur neueren Civilgesetzgebung. Diese Scheidung konnte jedoch nicht strenge durchgeführt werden, und werden Sie schon in dem ersten Bande einzelne Stücke finden, die eben so wohl in der zweiten oder dritten Abtheilung ihren Platz hätten finden mögen, während umgekehrt auch in der zweiten und dritten Abtheilung noch hin und wieder Etwas vorkommen wird, worauf das Lehrbuch der Pandekten Bezug nimmt. Zusätzliche Bemerkungen habe ich nur wenige ausnahmsweise gemacht; zu einer durchgreifenden Ueberarbeitung mit Berücksichtigung neuerer Literatur fehlte mir Zeit und Kraft. Gleichwohl hoffe ich, daß Sie diese Reproduction meiner zerstreuten kleineren Schriften freundlich aufnehmen werden.

Möge Ihnen, verehrter Herr, viele Jahre noch die rüstige Kraft erhalten werden, mit welcher Sie auch als Jubilar noch fort und fort der Wissenschaft dienen!

Wien zu Ostern 1873.

**Dr. L. v. Arndts.**

## Erste Abtheilung.

# Zum Pandektenrecht

mit Bezugnahme auf des Verfassers Lehrbuch der Pandekten.

---

## I.

### Nr. 1—33. zu Buch 1—4. des Lehrbuchs.

# Inhalt.

1.

## Zur Lehre von der Auslegung des Justinianischen Rechts.

Unter dem Titel: „Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden" erschien in Kiel 1855 eine Monographie von F. C. Schmidt, Dr. phil., Präsident des kgl. Oberappellationsgerichts für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg. *

Schön gedruckt auf 185 Seiten weißen Papiers enthält diese Schrift in 103 §§. nebst vielem Bekannten manches überraschend Neue, dem man jedoch leider nicht ebenso den Charakter des frappant Wahren zugestehen kann. Ihre Quintessenz besteht darin, daß nach des Verfassers Ansicht jede Stelle in Pandekten und Codex nur Gesetz ist für den Titel oder für die Rubrik, worunter sich dieselbe befindet: „Weiter reicht die Herrschaft keines Gesetzes, wenn der Rechtsatz auch noch so allgemein lautet" (S. 58); Entscheidungen einzelner Rechtsfälle, wie sie so häufig vorkommen, „sind auf ähnliche Fälle anzuwenden und gelten als allgemeines Gesetz für analoge Fälle", aber immer nur, „so weit der Umfang des Titels, unter welchen sie gestellt sind, reicht" (S. 61). Ist eine Stelle, welche explicite oder implicite eine allgemeine Rechtsregel ausspricht, in einen Titel aufgenommen, „der einen engeren Gebietskreis hat, so kann dieselbe auch nur auf das besondere Rechtsverhältniß angewendet werden" (S. 64). So z. B. „ein Rechtsatz, der in dem Titel de emt. et vend. steht, ist nur Gesetz für diesen Titel. Wenn der in diesem Titel sich findende Rechtsatz als ein allgemeiner angesehen werden soll, so muß derselbe in den allgemeinen Titel, aus welchem die Grundsätze für alle bonae fidei Contrakte zu entnehmen sind, aufgenommen sein" (S. 67), wofür der Verf. auffallender Weise den Titel de rebus creditis anzusehen scheint; „denn die in diesem Titel enthaltenen Rechtsätze sind nicht allein auf die Klage ex mutuo, sondern sie sind

* Vgl. Arndts' Lehrb. der Pandekten §. 13. Anm. 4 (7. Aufl. S. 12.).

auf alle Contrakte, welche im Vertrauen auf Redlichkeit eingegangen werden, anzuwenden" (S. 63). Unberechtigt also ist das Verfahren, das z. B. Savigny und Thibaut befürworten, eine Regel, die nur in mehrfachen einzelnen Anwendungen anerkannt, nicht aber allgemein und grundsätzlich ausgesprochen oder in einen allgemeinen Titel gestellt ist, als durchgreifende Regel zu betrachten und auch auf andere nicht erwähnte Fälle anzuwenden (S. 66). — Es ist eine ebenso allgemeine als wohlbegründete Meinung, daß man bei der Auslegung einer Stelle unter anderem auch auf den Titel, in welchem sie steht, Rücksicht zu nehmen habe. Aber wir erinnern uns nicht, diese Meinung irgendwo sonst zu solcher Uebertreibung gesteigert gefunden zu haben. Wir möchten sehen, wie dürftig Hasse's allgemeine Theorie von der Culpa ausgefallen wäre, wenn sie nur auf die wenigen allgemeinen Sätze, die sich darüber in dem Titel de regulis juris finden, basirt wäre; der Verf. führt eben diese Lehre als ein Beispiel zum Belege seiner Auslegungstheorie an (S. 68). Und wie begründet der Verf. seinen Satz? Justinian hat verfügt, daß die Excerpte unter gewisse Rubriken oder Titel gestellt werden sollen; daraus wird gefolgert, daß sie nur nach ihrer Stellung Gesetzeskraft haben können. Aber wie folgt das? Justinian hat auch den Willen ausgesprochen, daß die aufgenommenen Sätze gleichwie von ihm selbst ausgegangene Gesetze geachtet werden sollen: was berechtigt uns, dieß so zu beschränken, daß ein Satz nur zur Hälfte seines wirklichen und wahren Inhalts geachtet werde, weil er in diesem und nicht in jenem Titel steht? Der Verf. beruft sich auf const. *Tanta* §. 14, worin Justinian erklärt, daß Wiederholungen hin und wieder mit gutem Vorbedacht zugelassen seien, obwohl zugebend, daß dergleichen auch wohl als unbeabsichtigter Fehler vorkommen und dann durch die imbecillitas humana entschuldigt werden mögen. Auch daraus folgt aber nicht, was der Verf. beweisen will. Auch der Versuch, die Brauchbarkeit seiner Theorie in einzelnen Anwendungen darzulegen, theils zur vollständigen Erklärung einzelner Stellen, theils zur Beseitigung von Widersprüchen, ist keineswegs gelungen. Eine ganze Reihe erheblicher Streitfragen wird hier besprochen, aber zu deren Lösung ist nichts erhebliches geleistet; wohl aber stößt man auf manche schwache und verfehlte Bemerkung oder Argumentation. Nach des Verf. Meinung gibt es auch eigentlich keine sog. leges fugitivae (vgl. S. 94), und so glaubt er auch in Ansehung fast aller leges geminatae eine absichtliche Wiederholung zu erkennen, indem sie durch die ihnen angewiesene Stellung einen verschiedenen Gedanken ausdrücken; auch die bekannte Gemination in demselben Titel (L. 6. u.

18 D. de re jud.) sucht er gegen den Vorwurf der Gedankenlosigkeit oder Ungeschicklichkeit zu rechtfertigen, mit problematischem Erfolg. Uebrigens legt der Verf. seiner Auslegungstheorie für das heutige Recht keine Wichtigkeit bei, weil nach seiner Ansicht die in den Justinianischen Rechtsbüchern enthaltenen Rechtsätze doch nur Geltung haben, so weit sie durch Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch eine Autorität erhalten haben.*

---

2.

## Zur Literatur des Pandektenrechts.**

a) Eduard Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, nebst Einleitung in das Studium des römischen Rechts. Erster Band: die Einleitung und die Lehre von den Voraussetzungen der Privatrechte. (Auch mit dem Titel: Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts.) Zweite vermehrte Ausgabe, Bonn 1853.

Dieses Buch ist eine neue Ausgabe des vom Verfasser schon im Jahr 1843 unter dem Titel „Institutionen" herausgegebenen „Lehrbuchs des römischen Privatrechts" (Bd. 1), eine sorgfältig durchgearbeitete und reichlich vermehrte zweite Ausgabe, deren Gehalt es uns zur Pflicht macht, dieselbe als eine bedeutende literarische Erscheinung hier hervorzuheben. Die Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt, ist eine Darstellung des reinen römischen Privatrechts, „aber in der Gestaltung und dem innern Zusammenhange seiner Bestandtheile, in denen es unserm Geiste als eine römische Nationalthat erfaßbar ist." Er nennt das Buch mit Recht: „Pandekten des röm. Privatrechts", denn es soll ein möglichst vollständig ausgeführtes System des reinen römischen Privatrechts geben, und wird, vollendet, in drei starken Bänden, auch an Umfang viele Lehrbücher des gemeinen Civilrechts überragen. Er nennt es zugleich „Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts"; denn es soll als Vorbereitungs- und Einleitungswerk in unsere heutige Civilrechtswissenschaft dienen, das nicht blos, wie die römischen Institutionenwerke von den von Römern für Römer verfaßten ausführlichen Darstellungen des römischen Rechts, formell und methodologisch, sondern materiell und dem Inhalte nach von der Darstellung des sog. heutigen römischen Rechts

* Aus der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Arndts, Bluntschli und Pözl III S. 485. fg. (1856.)

** Arndts' Lehrb. §. 18. Anm. 3. 4. §. 19. Anm. 2.

verschieden ist. „Das Studium unseres Civilrechts, so sagt der Verfasser in der Vorrede zur zweiten Ausgabe, wird noch lange mit dem des römischen Privatrechts beginnen müssen, auch wenn die gemeinsame deutsche Rechtsüberzeugung, die bei allem Mangel sonstiger nationaler Gemeinsamkeit den Deutschen doch (Gott sei Dank!) nicht abzusprechen ist und hoffentlich bleiben wird, die Form des römischen Rechts überwunden und sich aus ihr als einer Entwickelungshülle herausgearbeitet haben wird. Die gründliche Kenntniß des römischen Rechts ist recht eigentlich ein nationaldeutsches Interesse, nicht damit jenem Geltung oder deren Fortdauer bereitet werde, sondern gerade im Gegentheil, damit wir seiner, soweit es unserm Rechtsleben unentsprechend ist, ledig werden, was, wie die Erfahrung gelehrt hat und zu lehren nicht ablassen wird, durch Codificationen nicht zu bewerkstelligen ist: die Gesetzgebung kann das Rechtsbewußtsein zwar fördern oder stören, aber nicht schaffen". Man sieht daraus, und noch deutlicher zeigen dieß die als Fälle falscher Anwendung römischen Rechts angeführten Beispiele sowie die Vergleichung mit dem unter 2) zu erwähnenden Werke desselben Verfassers, daß diesen gründliche Kenntniß des römischen Rechts nicht verleitet, demselben im heutigen Rechtsleben ungebührliche Geltung zu vindiciren. Man möchte wohl gar mit dem Verfasser darüber rechten, ob er nicht die Entgegensetzung des römischen und heutigen Rechts hier und da übertreibe. So z. B. hat derselbe zwar vollkommen Recht, wenn er der Lehre von der capitis deminutio jede praktische Bedeutung abspricht; es ist kaum begreiflich, wie Vangerow auch in der neuesten Ausgabe seines Leitfadens noch die minima capitis deminutio als einen Rechtsbegriff von lebendigem Gehalt festhalten mag. Aber er war in der That auch schon im Justinianischen Recht nichts mehr als ein abgestorbener Rest alter Rechtsanschauungen, und dogmatisch würde es angemessener sein, wenn davon in den Justinianischen Rechtsquellen mit keinem Worte mehr die Rede wäre, obwohl sie immerhin den Satz beibehalten mochten, daß der Emancipirte und Adoptirte aufhöre Agnat in der väterlichen Familie zu sein. Was aber die maxima und media capitis deminutio betrifft, so ist es nicht das specifisch-Römische in dem Begriffe an sich, woraus deren heutige Unanwendbarkeit von selbst folgt, sondern theils die Beseitigung völliger Unfreiheit überhaupt, theils eine materielle Aenderung der Rechtsansichten über die privatrechtliche Bedeutung des Bürgerrechts oder der Staatsmitgliedschaft. So können wir auch nicht ganz unterschreiben, was der Verfasser S. VIII sagt: „Die Hinterlassenschaft ist nach unserem Recht nur eine Summe von Vermögensrechten, und es ist für den

heutigen Erben eben so unrichtig, daß er die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erben in sich aufnehme, als dieses gerade das Wesen des römischen heres ausmachte". Die Idee, welche man heutzutage häufig durch diesen Ausdruck zu bezeichnen pflegt, war bei den Römern nur das allmählich gereifte Produkt wissenschaftlich construirender Einsicht in das Wesen der Erbfolge; richtig verstanden, wie sie auch der Verfasser nach seinen Pand. §. 96 richtig zu verstehen scheint, und befreit von den Mißverständnissen und künstlichen Zuthaten, welche sich in den Darstellungen neuerer Rechtsgelehrten daran angesetzt haben, lebt sie wesentlich auch noch in unserem heutigen Recht und wissenschaftlich gebildeten Rechtsbewußtsein so gut, wie im neuesten römischen Recht; und nur das ist zuzugeben, daß sie in jenem nicht mehr so streng durchgreifend herrsche, wie in diesem, worauf unter anderm allerdings die deutschrechtliche Theorie über Erbverträge eingewirkt hat. Wenn uns sorgfältige Erforschung des reinen römischen Rechts sehr zu empfehlen ist, um uns von ungebührlicher Herrschaft desselben in der Anwendung und noch mehr wohl in der Theorie zu befreien, so müssen wir uns andererseits auch davor hüten, daß wir nicht, den bleibenden Kern in der römischen Rechtsanschauung verkennend und nicht vollständig erwägend die bedeutende innere Umwandlung, welche das praktische Recht der Römer seit den klassischen Juristen bis Justinian in einem großen Theil seines Inhalts erfahren hat, die Brücke abwerfen, welche dieses mit unserm heutigen Recht verbindet, und, ohne an Sicherheit der Rechtsanwendung zu gewinnen, an der hauptsächlich dem römischen Recht zu verdankenden Solidität wissenschaftlicher Erkenntniß Einbuße erleiden. Wenn übrigens der Verfasser in obigen Worten die Meinung aussprechen will, daß das Ziel, zu welchem auch er hinstrebt, nur durch eine wissenschaftliche Operation der bezeichneten Art, nicht aber durch Gesetzgebung zu erreichen sei, so müssen wir dem, auf die Erfahrung gestützt, die Behauptung entgegenstellen, daß die Gesetzgebung seit dem Codex Maximilianeus bis zu unserer Zeit in jener Beziehung ungleich einfluß- und erfolgreicher gewirkt habe, als der Aufschwung der deutschen Rechtswissenschaft seit fünfzig Jahren es vermochte, und noch ein halbes Jahrhundert fortgesetzt vermögen wird. Wenn es auch den neuern Gesetzgebungen nicht gelungen ist, überall des unserm Rechtsleben Unentsprechenden sich zu erwehren, alles Unlebendige hergebrachter Rechtstheorie zu beseitigen, wenn sogar durch mißverständliche Auffassung römischer Rechtssätze manches Verkehrte hineingekommen ist: so kann doch meines Erachtens kein unbefangener Beobachter des wirklichen Rechtslebens unseres Volkes

verkennen, daß durch deren Einfluß in vielen Punkten die lebendigen Rechtsanschauungen der neuern Zeit eigentlich erst zum Durchbruch gekommen sind, und auch auf die wissenschaftliche Bearbeitung des gemeinen Rechts haben jene in dieser Richtung vielfach einen bedeutenden Einfluß geübt. Hat die Gesetzgebung das Rechtsbewußtsein auch häufig nur gefördert, und oft genug gestört (das letzte fällt noch weit häufiger fragmentarischer Gesetzgebung als umfassender Codifikation zur Last), so hat sie doch auch Rechtsbewußtsein zu schaffen nicht selten sich mächtig genug erwiesen. Oder ist es nicht durch die Gesetzgebung geschaffenes Rechtsbewußtsein, wenn jetzt in ganz Frankreich, auch in den ehemaligen pays du droit écrit, die eheliche Gütergemeinschaft als Regel gilt? wenn in Oesterreich eine von der römischen wesentlich abweichende Intestaterbfolge, wenigstens dem Princip nach, ziemlich allgemeinen Beifall hat? In Preußen hatte in vielen Fällen die überwiegende Autorität des allg. Landrechts sogar die durch dasselbe nicht aufgehobenen Partikularrechte aus der Anwendung und dem Rechtsbewußtsein der Unterthanen fast vollständig verdrängt, als man begann dieselben sorgfältiger zu ermitteln und festzustellen.

Durch diese Bemerkungen soll indessen dem wissenschaftlichen Werthe des vorliegenden Buches kein Abbruch gethan werden. Dasselbe ist wirklich ein schätzbarer Zuwachs unserer Literatur. In wohlüberdachter Ordnung und gedrängter, nur dadurch öfter etwas schwerfälliger Darstellung gibt es uns im Texte eine sorgfältige Entwickelung der allgemeinen Lehren des röm. Privatrechts, und enthält in den Anmerkungen eine Fülle von Gelehrsamkeit in reichem literarischen und Quellen-Material und eine Menge treffender und, selbst wo man sie nicht richtig oder wohl auch in Ausdruck oder Inhalt etwas absonderlich findet, lehrreicher Bemerkungen. Dabei zeigt sich überall die auf eigener Forschung beruhende Unabhängigkeit des Urtheils, nicht ohne ein entsprechendes Selbstvertrauen, sowie rücksichtslose Anerkennung oder Abwehr nach allen Seiten, die letzte nicht selten in pikant polemischer Weise. Die §§. 10—26 über die Quellen bieten ein Muster von Genauigkeit und Vollständigkeit in gedrängter Kürze. Wenn wir so den wissenschaftlichen Werth des Werkes, dessen Vollendung wir begierig erwarten, und von dem bewunderswerthen Fleiße des Verfassers auch ziemlich sicher erwarten dürfen*, vollkommen anerkennen, so können wir doch zugleich nicht bergen den Zweifel über dessen Ange-

* Leider ist diese Erwartung nicht erfüllt worden. Der Verf. hat nur mehr eine erste Lieferung des zweiten Bandes herausgegeben (Leipzig 1855), welche die Lehre von Eigenthum (§. 133—158) und großentheils d. L. v. d. Servituten (§. 159—171) enthält.

messenheit, sofern es als Leitfaden zum Einleitungsunterricht bestimmt ist. Dafür scheint es uns zu schwer, erdrückend für den Anfänger durch die Masse des Details, entmuthigend durch die Schwierigkeit des Verständnisses dieser aus dem ganzen Umfange des röm. Privatrechts älterer und neuerer Zeit herausgezogenen abstrakten Begriffe und Regeln. Der Schüler muß fast schon ein vollendeter Romanist sein, der den ganzen Inhalt dieses Buches wirklich versteht. Wer sich durch jahrelanges Studium in der Rechtswelt so zu sagen häuslich eingewöhnt hat, vergißt es leicht, wie schwer es selbst bessern Schülern wird, die sog. allgemeinen Lehren des Pandektenrechts zu lebendiger Erkenntniß zu bringen. Es möchte räthlicher sein, nach Art der Justinianischen Institutionen, sie zunächst in die einzelnen Rechtslehren einzuführen, und dann erst die Erfassung des Allgemeinen ihnen zuzumuthen.

An das vorstehende Werk schließt sich an

b) desselben Verfassers „Pandekten, ein Lehrb. des gemeinen auf das röm. Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse," vierte Ausgabe, Bonn 1852,

ein Grundriß im gewöhnlichen Sinn, als bloßes Gerippe des Systems, in Angabe der §§. bestehend aber gleichwohl bei erstaunlicher Sparsamkeit in Benutzung des Raums, bei gleicher Genauigkeit und Sorgfalt im Einzelnen sehr werthvoll durch den Reichthum an literarischen und Quellen-Citaten und an schätzbaren freilich meist nur dem Kundigen verständlichen, daher der Erklärung durch mündlichen Vortrag harrenden Andeutungen; ein Grundriß, wie er bei gleichem äußerlichen Umfang vollständiger in unserer ganzen Literatur wohl nicht zu finden sein möchte, verdienstlich insbesondere auch durch das Bestreben, Praktisches und Unpraktisches sicher zu scheiden. Wir knüpfen daran die Erwähnung eines andern sehr verschiedenen Grundrisses des Pandektenrechts, nämlich

c) K. A. v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten, sechste vermehrte und verbesserte Auflage, Bd. 1. Marb. 1851. Bd. 2. 1854.

Nachdem des Verfassers „Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen" in 5 Auflagen unverändert erschienen, bietet uns derselbe jetzt endlich, unter anderm Titel, eine neue Bearbeitung. Der Charakter dieses Werkes, dessen Werth wesentlich in den zahlreichen, ein sog. jus controversum enthaltenden Anmerkungen besteht (ein neuer Coccejus), ist allbekannt. Den Namen einer vermehrten verdient diese Auflage mit vollem Rechte. Der erste Band enthält über 200, der zweite 79 Seiten mehr als die entsprechenden Bände der ersten Auflage; die neuere Literatur ist fleißig

berücksichtigt; in manchen Punkten hat der Verfasser seine Ansichten modificirt, in andern gegen Anfechtungen vertheidigt, sine ira et studio. Auffallend ist es, daß der Verfasser oft noch an Vorstellungen und Sätzen festhält, die man dem heutigen Rechtsbewußtsein aufzudrängen vergeblich sich bemühen wird. Oben schon wurde seine Ansicht über noch fortdauernde praktische Bedeutung der minima capitis deminutio erwähnt. Auch die seltsame Vorstellung finden wir wieder (§. 34), daß jeder Mensch in Betreff des Physischen an ihm ein Objekt des Eigenthumsrechts sei, entweder im Eigenthum eines andern stehe oder sich selbst im Eigenthum habe. Die Infamie betreffend, glaubt er, „dürfte sich schwerlich ein genügender innerer Grund auffinden lassen, diesen Theil des Justinianischen Rechts für weniger praktisch zu halten als irgend einen andern" (!), während Böcking §. 32 gewiß richtig sagt: „die neuere Lehre von den Ehrenschmälerungsgründen und Wirkungen beruht auf Gewohnheits- und Partikularrechten, die sich großentheils unter dem auch in den Reichgesetzen hervortretenden verwirrenden Einfluß der Bestimmungen des nationalen röm. Rechts von den germanischen Rechtsgrundsätzen abweichend gebildet haben". In §. 523 gibt uns Vangerow einen Auszug aus seiner neuesten sehr ausführlichen und dankenswerthen Erörterung der römischen Lehre vom Prälegat; von der Meinung des Referenten aber, daß man heutzutage durch die Anwendung der subtilen Rechtssätze, nach welchen z. B. von dem zwei Erben gemeinschaftlich vermachten Grundstück der zu $^1/_{12}$ eingesetzte $^{11}/_{12}$ und der zu $^{11}/_{12}$ eingesetzte $^1/_{12}$ des Grundstücks erhalten soll, mit dem Willen des Erblassers in den offenbarsten Widerspruch setzen würde, nimmt er eben so wenig Notiz, als von Seuffert's Bemerkung, daß ihm in der gesammten Rechtsprechung der höhern deutschen Gerichtshöfe nicht ein Beispiel der Anwendung jener römischen Rechtsregeln vorgekommen sei. So zeigt sich auch sonst durchgängig das Bestreben, streng das röm. Recht als Gesetzesrecht festzuhalten, obwohl der Verfasser doch auch wohl der Praxis eine neue Concession macht, z. B. in Beziehung auf die Ausdehnung des Besitzschutzes bei Dienstbarkeiten, die man in den früheren Ausgaben vermißte. Von ganz verschiedenem Charakter ist

d) J. A. Seuffert's „praktisches Pandektenrecht," dritte vermehrte und verbesserte Auflage in drei Bänden, Würzburg 1852,

das, überall auf das noch Anwendbare gerichtet, und den Umfang des noch wirklich Geltenden vom röm. Recht eher zu beschränken geneigt, Punkte von vorwiegend bloß theoretischem Interesse und Sätze von seltener

oder zweifelhafter praktischer Anwendbarkeit nur als minder wichtige behandelt und bezeichnet, dagegen bei andern, nach Verhältniß des Umfangs des Ganzen, oft sehr detaillirte Andeutungen gibt. Der unermüdlich thätige Verfasser hat auch diese dritte Auflage wieder fleißig überarbeitet und besonders sein erfreulich fortschreitendes Archiv für Entscheidungen der oberſten Gerichte nach Möglichkeit für die Theorie nutzbar zu machen gesucht.

e) Ch. G. A. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. 1. Erlangen 1853. Bd. 2. Heft 1. das. 1854.

Der erste Band dieser schätzbaren, durch geistreiche Gedanken und gefällig klare Entwickelung derselben ausgezeichneten Beiträge enthält 12 Aufsätze: 1) die Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergang an den Erben. 2) Usucapio pro herede und in jure cessio hereditatis, 3) Begründung von Obligationen für die Erben. 4) Wissenschaftliches Recht (zu Gaius I. §. 7.). 5) Kritische Bemerkungen zu Gaius IV. §. 1—44. 6) Zeitgränze der Gesetzesanwendung. 7) Compensation. 8) Sachenerwerb durch Tradition. 9) Capitis deminutio. 10) Kritische Bemerkungen zu Gaius IV. §. 45 fg. 11) Erzeugung als Erwerbgrund. 12) Vertragsabschluß, und noch S. 330 fg. Nachträge. Diese haben schon theils in dieser Zeitschrift, theils anderwärts (in der Heidelberger krit. Zeitschrift) ihre Besprechung gefunden. Das neuerschienene Heft enthält nun ferner drei Aufsätze: Nr. 13. In jure cessio tutelae, ein scharfsinniger Erklärungsversuch der die cessitia tutela betreffenden Bestimmungen des alten Rechts. 14) Erlaßvertrag. In der Schrift „zur Lehre vom Erlaß" hat v. Völderndorff dargethan, daß das pactum de non petendo zunächst als Sühnevertrag, Proceß abwehrend, wirksam wurde. Dadurch hat sich Rudorff zu Puchta's Pandekten §. 297 bestimmen lassen, dieß noch im neuesten Recht als ein materiell unterscheidendes Moment in jenem, verglichen mit der Acceptilatio, hervorzuheben und zu behaupten, das pactum de non petendo sei überall keine Aufhebungsart der Obligatio; die Verbindung beider und des contrarius consensus zu einer allgemeinen Lehre vom Erlaß tadelt er als systematischen Mißgriff, nicht geringer als die Aufstellung einer allgemeinen Lehre vom Verzicht oder von der Verjährung. Das ist meines Erachtens ein arger Mißgriff in Benutzung rechtsgeschichtlicher Momente. In Folge des pactum de non petendo, es sei mit Rücksicht auf den Rechtstreit geschlossen oder nicht, ist der bisherige Schuldner nach L. 55. D. de V. S. L. 112. D. de R. I. in Wahrheit nicht mehr Schuldner;

also wird allerdings auch die Obligatio materiell dadurch angegriffen, wenn gleich nicht ipso iure vernichtet; sie ist inanis oder quasi nulla obligatio geworden nach L. 25 D. de V. O. gleich der Obligatio der Bürgin nach L. 8. §. 9 D. ad Sc. Velleian. Will man das nicht Aufhebung der Obligatio nennen, so muß man alle nur ope exceptionis wirkenden Ereignisse aus der Reihe der Aufhebungsgründe streichen. Mit Recht erklärt sich daher Scheurl gegen diese Ansicht. Aber, fährt dieser fort, ein wahrer Erlaßvertrag ist doch das pactum de non petendo regelmäßig nicht, es hemmt nur ope exceptionis die Wirksamkeit der Obligatio, indem der Gläubiger sich dadurch nur verpflichtet, den Schuldner ferner nicht in Anspruch zu nehmen; der einzige wahre Erlaßvertrag des röm. Rechts, abgesehen von dem Verzicht auf Strafklagen, ist die Acceptilatio, welche die Obligatio ipso iure vollständig tilgt. Auch der contrarius consensus bei Consensualcontracten ist keineswegs ein eigentlicher Erlaßvertrag, wie die Acceptilatio; denn der Sinn desselben ist nur der einer Uebereinkunft, von dem Contract wieder abzugehen; der wahre Zweck nicht der, sich gegenseitig eine Schuld zu erlassen; die Vernichtung der gegenseitigen Verbindlichkeiten nur eine Folge des beiderseitigen Zurücktretens vom Contract. Das letzte kann man zugeben. Obgleich man immer auch sagen kann, der contrarius consensus enthalte einen gegenseitigen Schulderlaß, wie der consensus eine gegenseitige Verpflichtung begründet, so ist doch der zunächst liegende einfache Gedanke der, das Contractsverhältniß als ein Ganzes ganz wieder zu vernichten. Unbegründet aber scheint es, dem p. d. n. p. den Charakter eines Erlaßvertrages zu bestreiten, wenn damit etwas anderes oder mehr gesagt sein soll, als daß es nur ope exceptionis die Schuld aufhob. Remittere obligationem (L. 33. Cod. de transact. L. 4. Cod. de duob. reis.) heißt allgemein einen Schuldner seiner Verbindlichkeit entbinden, wobei es dahin gestellt bleibt, in welcher Form dieß geschieht. Daß man auch in dem p. d. n. p. ein solches remittere erkannte, bebeweist der Ausdruck: remittere debitum per pacti conventionem (L. 5. Cod. de remiss. pign.). Auch war es nicht die Verschiedenheit des Willens, welche die beschränktere Wirksamkeit des Pactum mit sich brachte. Die als solche unwirksame Acceptilation wirkte doch als pactum (L. 8. pr. D. de acceptilat.), obwohl hier der Wille offenbar der war, die Obligatio vollständig zu vernichten. So auch, wenn der Gläubiger in bündigstem Ausdruck, etwa schriftlich, erklärte, die Schuld solle ganz und gar erlassen sein und als getilgt gelten, ja auch zur Bestätigung eine Quittung ausstellte oder die Schuldurkunde zerschnitten zurückgab;

es wirkte doch nur als Pactum. Also war es nicht der Inhalt des Willens, sondern die mangelhafte Form seiner Erklärung, weßhalb es weniger streng wirkte, als die Acceptilatio. Heutzutage aber, da der formale Erlaßvertrag wie der formale Contract weggefallen, ist es nun consequent, vielmehr den Willen als das entscheidende Moment ins Auge zu fassen. Der Gläubiger kann a) bloß versprechen wollen, daß er persönlich sich der Klage gegen den andern Paciscenten enthalten werde; pactum de non petendo in personam; oder b) seinerseits auf den Anspruch dem andern Paciscenten gegenüber ganz verzichten, ohne jedoch die Obligatio objectiv ganz aufheben zu wollen; das ist gleich dem pactum de non petendo in rem, wodurch denn weder das Recht der Mitgläubiger alterirt noch die Klage gegen Mitschuldner, welche aus dem Vertrag kein Recht erwerben, ausgeschlossen ist, wo nicht dieselbe wegen Regreßanspruchs auf den Paciscenten zurückwirkt; oder c) die Schuld erlassen, so als ob sie gezahlt wäre; das wirkt gleich der römischen Acceptilatio. Ob das eine oder andere anzunehmen, hängt in jedem einzelnen Fall lediglich von der Auslegung des Willens ab, der sich freilich durch Ausstellung einer Quittung sehr bestimmt als auf den dritten Zweck gerichtet zu erkennen gibt, obwohl es völlig grundlos ist, mit v. der Pfordten nur in diesem Fall die strengere Wirkung anzunehmen. Mit diesem Resultat stimmt denn auch Scheurl überein, und scheint zu großer Befriedigung des Referenten auch die Art und Weise, wie dieser es in Anknüpfung an das römische Recht theoretisch zu begründen versucht hat (Arndts Pand. §. 267), als richtig anzuerkennen. Er macht nur noch den Zusatz, daß heutzutage durch eigentlichen Erlaßvertrag in seinem Sinn, d. i. ipso iure, auch wohl nur mit Beschränkung auf einen Correus die Obligatio aufgehoben werden könne (eximi personam manente obligatione), in demselben Sinn, in welchem Huschke unseres Erachtens mit Recht behauptet, daß nach R. R. auch durch Novatio die Obligatio nur bezüglich der subjectiven Beziehung eines Correus zu derselben ipso iure aufgehoben werden könne. Dieß scheint aber praktisch unerheblich. Denn der einzige materielle Unterschied zwischen der ipso iure und der per exceptionem pacti conventi aufgehobenen Obligatio besteht darin, daß die letzte durch entgegengesetztes Pactum (ohne neue Stipulatio) wieder wirksam gemacht werden kann (Scheurl S. 19); da aber jetzt durch formlosen Vertrag eben so leicht auch wiederum eine neue Obligatio desselben Inhalts begründet wird, so kommt es auf dasselbe hinaus, ob man diese oder jene Anschauungsweise zum Grunde legt. Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß es keineswegs als unsystematisch zu

tadeln ist, den Erlaßvertrag in dem jetzt gewöhnlichen umfassenden Sinn als Aufhebungsgrund der Obligatio zu behandeln, daß es vielmehr unpassende Historik ist, in der Art, wie Rudorff es thut, dagegen zu protestiren.

Es sei uns vergönnt, von obigem Ergebniß noch die Anwendung auf den Vergleich insbesondere zu machen. Savigny (Obl.-Recht I. S. 179) faßt diesen in zu beschränkter Weise, indem er nur den Fall hervorhebt, wenn die Schuld partiell zugestanden, partiell erlassen wird. Dieß kann allerdings der Inhalt des Vergleichs sein. Ist ein solcher nun mit einem Correus geschlossen, so ist der darin enthaltene partielle Erlaßvertrag nach obigen Regeln zu beurtheilen. Er kann den Sinn haben, daß in Ansehung der übrigen Correi die Obligatio insoweit nichtsdestoweniger bestehen bleibe, als der Mitgläubiger darauf noch klagen, der Mitschuldner, namentlich der correus non socius, noch belangt werden könne. Er kann aber auch den Sinn haben, daß gegen das freiwillige Zugeständniß des Theils die Obligatio übrigens als vollkommen getilgt gelten solle, und dieses wird, namentlich dann, wenn der Schuldner mit einem Correalgläubiger, oder wenn der Gläubiger mit einem regreßpflichtigen Correalschuldner den Vergleich geschlossen hat, im Zweifel gewiß als das Gewollte anzusehen sein. Nach röm. Recht würde dieser Zweck durch Acceptilatio (unter Umständen nach vorgängiger Novation) erreicht worden sein; nach heutigem Recht kommt es bloß auf die Intention der Vergleichenden an. Aber ein Vergleich kann auch in mannigfaltig andrer Weise, insbesondere z. B. in der Art eingegangen werden, daß der Gläubiger die ganze Schuld erläßt, dafür aber vom Schuldner irgend einen andern Vermögensvortheil erlangt. Auch in diesem Fall bedurfte es nach röm. Recht der Acceptilatio, um die Geltendmachung derselben Obligatio von Seiten der Mitgläubiger oder gegen einen Mitschuldner unbedingt auszuschließen; ohne sie hätte nur nach Umständen allenfalls eine doli exceptio Platz greifen können. Nach heutigem Recht wird man hier in der Regel natürlich dieselbe Wirkung anzunehmen haben, als wenn nach röm. Recht Vergleichs halber die Obligatio durch Acceptilatio vollkommen getilgt worden wäre.

Einen andern werthvollen Beitrag gibt uns Scheurl unter Nr. 15: „zur Usucapionslehre" S. 29—86. Seit Möllenthiel's bekannter Schrift über den guten Glauben bei der Verjährung war es herrschende Lehre: der gute Glaube des Besitzers ist es, dem das Recht die Gunst der Ersitzung gewährt; er besteht in der Ueberzeugung, das Eigenthum gleich anfangs erworben zu haben, das nun wegen eines Mangels im Erwerbact

erst durch fortgesetzten Besitz wirklich erlangt wird; diese Ueberzeugung muß aber auf gutem Grunde beruhen, der darin liegende Irrthum ein entschuldbarer sein, und so wird als objektive Grundlage der bona fides ein Usucapionstitel erfordert. Dem Wesen nach ist dieser nur ein secundäres Erforderniß, obwohl insofern allerdings ein selbständiges, als nun auch unbestrittene bona fides ohne Nachweisung eines Titels oder wenigstens rechtfertigender Gründe der irrigen Annahme eines solchen zur ordentlichen Ersitzung nicht genügt. Gegen diese Theorie nun erhob eine allerdings sehr beachtenswerthe Opposition Stintzing in seiner Schrift über „das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre", Heidelb. 1852. Der Grundgedanke der Ersitzung ist ihm, daß die Zeit Recht schaffe; das alte Recht setzte dem nur die einzige Schranke, daß der Besitz nicht durch Furtum, das nach altem Begriff auch bei unbeweglichen Sachen möglich, erworben sei; übrigens war von bona fides und titulus noch keine Rede; das beweisen die Usureceptionen und die usucapio pro herede, die sich nur nach jener Ansicht begreifen lassen. Erst in Folge oder im Zusammenhang mit der Einführung der Publiciana actio und der Anerkennung des sog. bonit. Eigenthums soll das Erforderniß von bona fides und titulus auch auf die Usucapion übertragen und durch die Doctrin ausgebildet worden sein. Zur bona fides aber ist nichts erforderlich, als die immer zu präsumirende Unkenntniß des Hindernisses, welches dem sofortigen Erwerb des Eigenthums wirklich entgegenstand, zunächst und vorzüglich, bei abgeleitetem Erwerb, das Nichtwissen von dem mangelnden Recht des Auctor, dann auch das Nichtwissen andrer wirklich vorhandener Mängel des Erwerbacts. Dieser ist entweder ein an sich, abgesehen von dem ersten Umstande, vollständiger Erwerbact: dann hat er die Ersitzung zur Folge, wenn gleich der Erwerber irrthümlich ein nicht vorhandenes Hinderniß des Erwerbs annimmt, also nicht glaubt Eigenthum zu erwerben; oder er ist ein unvollständiger Erwerbact: dann darf nur der Erwerber um diesen Mangel nicht wissen, und nur in dieser Beziehung kommt etwas darauf an, daß der Irrthum ein probabilis error, kein error iuris sei, da demjenigen, welcher in Rechtsirrthum befangen, sich auf Thatsachen stützt, aus welchen das behauptete Recht gar nicht folgt oder ein Hinderniß seiner Entstehung sich ergibt, der Prätor auch die Publiciana actio auf diese Ausführungen hin nicht zugestehen konnte. Dieß sind die Grundzüge der Ansicht, welche der Verfasser in scharfsinniger Weise ausführt. Gegen ihn sucht nun aber Scheurl a. a. O. vorerst die Unrichtigkeit seiner historischen Prämissen nachzuweisen. Er geht von der nach dem allgemeinen Entwickelungs-

gange des röm. Rechts gewiß wohlbegründeten Voraussetzung aus, daß das Rechtsinstitut der Usucapio „sogleich bei seinem ersten Erscheinen die Keime seiner nachherigen Entwickelung vollständig in sich getragen hat, und diese daher ohne Veränderung seines Wesens lediglich in der Weise vor sich gegangen ist, daß man mehr und mehr, von praktischen Anlässen aus, des ganzen Reichthums der in einem solchen Rechtsgebilde enthaltenen Rechtsbegriffe und Rechtssätze sich bewußt wurde.“ — „Was man freilich erst in späterer Zeit Usucapionstitel und guten Glauben nannte, war schon in dem ursprünglichen Gedanken der Usucapion enthalten; diese Erfordernisse bekam die Usucapion nicht erst in späterer Zeit; es war nur Zeit und Gelegenheit nöthig, daß man dazu gelangte, sie auszusprechen und mit voller Genauigkeit zu bestimmen.“ Die ursprüngliche Bedeutung der Usucapion war nach Scheurl's Vermuthung, gestützt auf Gaius II. 40 flg., die, daß sie, im Fall unfeierlicher Veräußerung einer res mancipi, den formellen Mangel des innerlich vollkommen rechtmäßigen Erwerbs ersetzen sollte. Das Bedürfniß, der Unsicherheit des Eigenthums ein bestimmtes Ziel zu setzen, führte dann von selbst zu gleicher Behandlung des Falles, wo ein materieller Mangel des Erwerbs wegen mangelnden Rechts des Auctor zu ergänzen war. Aber die Erwerbung mußte hier doch eine dem äußern Anschein nach rechtmäßige, und vor allem mußte dieser Schein ein den Erwerber selbst trügender sein; nur dann konnte er ohne Beleidigung des gesunden Rechtsgefühls bezüglich der Usucapion dem ersten gleichgestellt werden. Darin liegt der Ursprung der fraglichen Erfordernisse der Usucapio; aus diesem Kern ist die später ausgebildete Doctrin hervorgewachsen; aber gewiß hat schon vorher „kaum je ein römischer Richter eine Usucapion gelten lassen, wobei es an dem fehlte, was man später bona fides und iustus titulus nannte.“ Befriedigend, soweit es nach dem Stande unserer Quellen möglich ist, beweist nun der Verfasser, daß uns auch die Usureceptionen und die usucapio pro herede nicht nöthigen, jener Auffassung für das ältere Recht zu entsagen. Was aber das spätere Recht betrifft, so stimmt Scheurl mit Stintzing darin überein, daß der iustus titulus nicht bloß als Rechtfertigungsgrund der bona fides, sondern vielmehr als selbständiges und Haupterforderniß der Usucapio zu betrachten, und die bona fides wesentlich nur als Nichtwissen von dem der Vollkommenheit des Erwerbs entgegenstehenden Mangel aufzufassen sei, nicht aber als die positive Ueberzeugung, das Eigenthum bereits erworben zu haben, so zwar, daß der an sich (relativ) vollständige Erwerbact auch dann die Ersitzung begründe, wenn der Erwerber

irrthümlich noch ein wirklich nicht vorhandenes Hinderniß als vorhanden annimmt, also zur Zeit noch nicht glauben kann, das Eigenthum erworben zu haben. Das letzte wird namentlich bewiesen durch L. 2 §. 2. D. pro emt., wornach der bedingt Kaufende von Zeit der Erfüllung der Bedingung an usucapirt, obgleich er von dieser noch keine Kunde hat, quia potius substantiam intuemur quam opinionem oder plus in re est quam in existimatione, und daraus werden dann auch L. 3 D. pro don. und L. 25 D. de don. int. vir. et ux. erklärt, nach welchen der Ehegatte die vom andern Ehegatten geschenkte fremde Sache soll ersitzen können. Er bestreitet dagegen, von abweichender Erklärung einzelner Stellen abgesehen, Stintzings Meinung a) darin, daß auch selbst die irrige Annahme eines Usucapionshindernisses, z. B. der Furtivität der Sache, der Ersitzung nicht entgegenstehe, da L. 32 §. 1 D. de usurp. sehr bestimmt das Gegentheil sagt, und nicht durch Bezugnahme auf eine absonderliche Meinung ihres Verfassers, Pomponius, über das Furtum, als welches durch das unredliche Behalten der Sache stets erneuert werde, beseitigt wird; b) darin, daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, also auch darauf ob error iuris oder facti, bei der bona fides nicht ankomme, wofür man gegen den allgemeinen Satz: Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest, und gegen die Rechtsanalogie, z. B. bei der condictio indebiti nach L. 25 pr. D. de probat., den strengsten von Stintzing nicht gelieferten Beweis verlangen müßte, sodann c) darin, daß man nach neuestem röm. Recht eine Gränze zwischen wahrem und sog. Putativtitel nicht festhalten könne, vielmehr die jenen erfordernden Stellen als materiell bedeutungslose Nachklänge einer ältern strengern Ansicht anzusehen habe; denn ein erheblicher Unterschied liege immer noch darin, daß bei dem letzten, als einem Surrogat der iusta causa possessionis, den probabilis error, aus welchem das Dasein eines wahren Usucapionstitels angenommen sei, oder vielmehr die Umstände, wodurch er veranlaßt wurde, der Usucapient eben so zu beweisen habe, wie sonst den iustus titulus, während hier dann die Entschuldbarkeit des Irrthums über das dominium auctoris nicht bewiesen zu werden brauche. Der Verfasser hat in allen diesen Punkten seine Meinung sehr gut begründet, und so kann man wohl sagen, daß durch die beiden genannten Schriften vereinigt die Usucapionslehre wirklich gefördert worden sei. Bedenklicher scheint es, wenn der Verfasser auch bei der außerordentlichen Ersitzung Entschuldbarkeit des Irrthums verlangt, jedenfalls aber muß man behaupten, daß es bei der nach heutigem Recht erforderlichen Fortdauer der bona fides darauf nicht

ankomme, da das canonische Recht nur in der conscientia rei alienae, also in positiver mala fides superveniens ein Hinderniß der Vollendung der angefangenen Ersitzung erkennt, und das zwar vom Gesichtspunkt der Sündhaftigkeit, welche auch im Rechtsirrthum nicht liegt.

Schließlich bekämpft Scheurl noch insbesondere die Behauptung, daß das Urtheil im Eigenthumsstreit einen Usucapionstitel (pro iudicato) für den Vindicanten begründen könne. Ein Argument dafür, welches Schreiber dieses früherhin (im Arch. f. civ. Prax. XIII. 15) benutzt hatte, nämlich L. 137 D. de R. J., hat derselbe längst als nichtig erkannt. Zur Benutzung dieser Stelle verleitete ihn nur unvorsichtiger Gebrauch einer Freiesleben'schen Ausgabe des corpus iuris, welche die falsche Lesart hat: Qui auctore iudice *possidet* (statt comparavit), bonae fidei possessor est, wodurch ihm denn auch die Parallelstelle L. 14 §. 1 D. de relig. entging. Er muß aber gestehen, daß ihm auch das Vertrauen in die Beweiskraft der übrigen Argumente wankend geworden ist. Indessen ist hier nicht der Ort näher darauf einzugehen.*

---

## 3.

## Zur Lehre von den juristischen Personen.

Ein keckes Witzwort hat in politischen Verhandlungen nicht selten merklichen Erfolg gehabt. Wir sollen, wie es scheint, die Erfahrung machen, daß auch die stillen Wasser der privatrechtlichen Theorie durch ein solches leicht erregt werden können. In der Vorrede zu seinem Lehrbuch der Pandekten äußert Brinz: daß in seiner Lehre von den Personen die juristische fehle, das „sollte so wenig auffallen, wie wenn die Naturgeschichte unter den Menschen die Vogelscheuche nicht aufführt, — die doch auch eine Person vorstellen soll". Und schon lesen wir in einer jüngern Schrift**, mit voller Berechtigung habe Brinz ein von Kuntze so genanntes systematisches Gelenk dadurch zerbrochen, daß er die juristische Person als „Vogelscheuche" aus der Reihe der Personen gestrichen hat; sie gibt uns zu verstehen, von juristischen „Personen" zu reden, sei nicht weniger albern, als wenn wir in der Naturgeschichte von Stieren aus Wachs oder Teig handeln wollten, weil die Alten nicht selten einen solchen künstlich gebildeten Stier anstatt eines lebendigen

* Aus der krit. Ueberschau II. S. 147—161 (1855.).

** Demelius, die Rechtsfiction in ihrer histor. und dogmat. Bedeutung. Weimar 1858. S. 85. vgl. das Lehrb. der Pandekten §. 41. Anm. 3.

von Fleisch und Blut zum Opfer darzubringen sich begnügten. Und doch — ist das eben nur ein Witz, der mit anderen Vergleichen an dem Fehler leidet, daß er hinkt, und daher schwerlich nachhaltige Kraft genug in sich birgt, um aus der Theorie des Rechts jene Vogelscheuchen zu verscheuchen und die moralischen Personen, wie man solche sonst zu nennen beliebte, aus dem unvordenklichen Besitzstand tadellosen Daseins zu verdrängen. Ich bezweifle einigermaßen, ob jemals ein Bäuerlein, das einen alten Rock und Hut seinem Erbsenfeld zum Wächter hinstellte, in seinem Sinn den Spatzen die sublime Zumuthung gemacht habe, das künstlerische Gebilde für eine Person zu achten, wenn gleich es hoffte, daß sie sich davor fürchten würden, wie vor einem Wesen, das allenfalls mit einem Knüttel dareinfahren könnte. Auch erinnere ich mich nicht, in einer Naturgeschichte oder Anthropologie eine Abhandlung von den Personen oder die Anthropologie zu einer Prosopologie umgewandelt gefunden zu haben; die Naturgeschichte hat unter anderm mit Menschen und Thieren zu thun, die Anthropologie insbesondere mit dem Menschen, beide aber nicht mit Personen, wenigstens nicht mit Personen im juristischen Sinne. Das aber ist der Fehler in jenem Witz, daß er Mensch und Person als gleichbedeutend nimmt. Der Mensch erscheint in der Rechtslehre als Person, weil und insofern er Subject oder Träger von Rechtsverhältnissen sein kann. Und jeder Mensch ist nach natürlicher Anschauung Person, weil sich selbst, wer das Institut der Sklaverei vor Augen hatte, nicht der Erkenntniß verschließen konnte, daß doch naturali jure omnes liberi nascuntur, d. h. der eine wie der andere als rechtsfähig anzuerkennen sei. Aber nach einem positiven Rechte, das dieses Institut anerkennt, wie das römische, ist nicht mehr jeder Mensch Person. Von diesem Standpunkte aus nennt Theophilus den Sklaven treffend: *ἀπρόσωπος*, während es eine Albernheit wäre, wenn etwa ein Hippokrates denselben *ἀνάνθρωπος* hätte nennen wollen. Wenn nun andrerseits durch das Recht ein Wesen, das nicht ein einzelner Mensch ist, als Träger von Rechtsverhältnissen gleich den einzelnen Menschen anerkannt ist, so ist es keine Albernheit, in der Rechtslehre von Personen zu sprechen, die keine Menschen sind, während es stets gleich albern bliebe, in der Naturgeschichte des Menschen solche Personen aufzuführen, wie umgekehrt von Menschen zu reden, die keine Personen seien. Fänden wir bei Cato de re rustica ein Capitel „von wächsernen Stieren", so dürften wir billig über den gestrengen alten Herrn uns verwundern; aber hätte uns Qu. Mucius Scävola einen Commentar über das jus sacrum hinterlassen und wir fänden in der Lehre von den Opferthieren

auch ein Capitel „von wächsernen Opferthieren", so läge darin für denjenigen, der einmal von dem Satze: „in sacris simulata pro veris accipiuntur" gehört hätte, durchaus nichts verwunderliches. Ein Opferthier im jus sacrum ist eben ein anderer Begriff, wie ein Thier in der Naturgeschichte. So ist auch die Person in der Rechtslehre ein anderer Begriff als der Mensch in der Anthropologie. Deßgleichen: wer würde es nicht lächerlich finden, wenn etwa in einem Capitel über Kindererzeugung 1) von natürlich erzeugten, 2) von Adoptiv-Kindern gehandelt würde? Wer aber nimmt Anstoß daran, wenn in der Rechtslehre von ehelich erzeugten und von Adoptiv-Söhnen die Rede ist, ja sogar die letzten mehr noch für Söhne gelten, wie natürlich aber außer der Ehe erzeugte? Trägt doch auch Brinz kein Bedenken zu sagen, daß man nach römischem Recht durch Adoption filius- oder filia-familias wurde. Ebenso verhält es sich mit den sogenannten juristischen Personen: Städte z. B. sind nach dem Rechte Personen, Rechtssubjecte, sie sind es in höherem Sinn, als die servi *ἀπρόσωποι*, wie adoptirte Söhne juristisch Söhne sind, in höherem Sinne als unehelich erzeugte Söhne. Daß der Adoptirte juristisch Sohn des Adoptirenden sei, das war mit einem Schlage ausgemacht, sobald das Institut der Adoption recipirt war; denn die Rogation an die Curien zum Zweck der Arrogation, die ohne Zweifel die älteste Art der Adoption ist, ging ausdrücklich dahin, ut tam jure legeque *filius siet*, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset. Dagegen daß z. B. eine Stadtgemeinde juristisch als Person angesehen wurde, das war erst das Product gereifter Rechtserkenntniß, wissenschaftlicher Abstraction. Hatte eine Stadt z. B. Grundeigenthum, so stellte man sich anfangs wohl sämmtliche Bürger der Stadt als die Eigenthümer vor. Davon hat sich noch im spätern römischen Recht eine Spur darin erhalten, daß die Stadtgemeinde so oft durch das Wort „municipes" bezeichnet wird, und die ihr gehörige Sache als communis res. Dann aber erkannte man, daß doch den einzelnen Bürgern jene Sache eigentlich gar nicht gehöre, vielmehr für jeden derselben als privus homo ganz und gar eine fremde Sache sei. Aber „ipsius universitatis esse creditur" so sagte man sich, und erkannte so in der Gesammtheit ein eigenes Subject jenes Sacheigenthums, ganz verschieden von den einzelnen Bürgern, die jeder für sich als besondere Rechtssubjecte neben jenem und ihm gegenüber standen. Und wie nun auch obligatorische Rechtsverhältnisse in Beziehung auf solche Gesammtheiten anerkannt wurden, so sagte man ganz richtig: „si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec, quod debet universitas,

singuli debent". Also hatte man einen Träger von obligatorischen Rechtsverhältnissen, einen Gläubiger, einen Schuldner, ganz verschieden von den leibhaftig herumwandelnden Bürgern, den freilich niemand mit seinem leiblichen Auge sehen, niemand, wie jenen horazischen Schwätzer, beim Ohr nehmen konnte, um ihn vor den Prätor zu ziehen, der aber doch für den juristischen Verstand ein merkliches Dasein hatte. Man könnte auch hier sagen, wie Theophilus zu pr. J. 3. 17 von der hereditas jacens sagt: *τῷ ἀσωμάτῳ προσπορίζει τῆς κληρονομίας*, d. i. dem unkörperlichen nur im Begriff zu erfassenden Wesen (der Erbschaft wie der Gemeinde) wird erworben. Der Jurist gab dem Verhältniß den einfachsten und bezeichnendsten Ausdruck, indem er sagte: „municipium personae vice fungitur" (L. 22 D. 46. 1.), d. i. die Stadtgemeinde nimmt rechtlich die Stellung einer Person ein, und im Gegensatz gegen den alles umfassenden Gesammtstaat: „civitates privatorum loco habentur" (L. 16 D. de V. S.), d. i. die Stadtgemeinden stehen in der allgemeinen Rechtsgenossenschaft da, wie die einzelnen Bürger, die als Privatpersonen, die Subjecte je eines abgesonderten Rechtskreises, im Gesammtstaate neben einander stehen. Freilich nur „*vice* personae fungitur" sagte man, von der natürlichen Vorstellung des einzelnen Menschen als Rechtssubject ausgehend. Sollte daher jemand Gefallen daran haben, die sogenannten juristischen Personen etwa Vicepersonen zu nennen, so wäre ihm das Vergnügen zu gönnen. Aber die Römer haben doch auch schon keinen Anstand genommen, eine Stadtgemeinde schlechthin Person zu heißen. „Haec inscriptio videtur ad *personam coloniae ipsius* pertinere", so lesen wir bei Frontinus (Lachmann's Schriften der röm. Feldmesser I. S. 54), und dessen Commentator sagt (daselbst S. 16): „personae publicae etiam coloniae appellantur" — publicae trotzdem, daß sie privatorum loco habentur, wie man heutzutage von öffentlichen Corporationen spricht, von denen doch auch nichtsdestoweniger der letzte Satz gilt.

Es war dieß aber nicht etwa nur ein neu erfundenes Wort für eine bekannte und bisher schon vollständig erkannte Sache; es war eine richtigere Erkenntniß, die in dem treffenden Ausdruck sich aussprach, welcher seinerseits wieder dazu diente, jene zu befestigen und zu fördern und weitere Consequenzen daraus zu ziehen; es war wissenschaftliche Construction, die hier wie in andern Fällen nicht ermangelte auch einen fruchtbringenden Einfluß in der Rechtsdeduction auszuüben. Oder wären wir nicht berechtigt, manche ursprünglich keineswegs ausgemachte Lehrsätze z. B. über Besitz und Ersitzung der Municipien (L. 1 §. 22, L. 2

D. de poss. 41. 2), oder über die Möglichkeit der Erfüllung einer Bedingung „si juraverint municipes“ (L. 97 D. de cond. et dem. 35. 1), oder über die Straflosigkeit der Klage eines Freigelassenen der Stadt gegen den einzelnen Stadtbürger (L. 10 §. 4 D. de in jus voc. 2. 4.), oder über die Zulässigkeit der Folterung eines Sklaven der Stadt im Strafverfahren gegen einen Bürger (L. 1. §. 7 D. de quaest. 48. 18.) und dgl. m., als Folgerungen aus jener richtigen Einsicht anzusehen? Man darf sich freilich jene Construction nicht so vorstellen, als hätten römische Juristen folgendermaßen reflectirt: es ist zweckmäßig anzunehmen, daß ein Municipium z. B. Forderungen erwerben und Schulden contrahiren könne; dazu wird aber eine Person vorausgesetzt; also fingiren wir, jenes sei eine Person, dann ergibt sich, daß sie auch Forderungen und Schulden haben könne; so ist der Zweck erreicht. Ohne alle Reflexion war es ohne Zweifel längst vorgekommen, daß für Städte, und für Rom selbst, Rechte und Verbindlichkeiten anerkannt wurden. Da fragte man sich, wer ist denn eigentlich hier Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner? Die sämmtlichen Bürger jeder pro parte? Nein, das paßt nicht; da könnte z. B. ein Bürger nicht Gläubiger oder Schuldner der Vaterstadt sein u. s. w. Vielmehr die Gesammtheit im Gegensatz der einzelnen Bürger ist das Subject jener Rechte und Verbindlichkeiten, das man freilich nur im Begriff erfassen kann, aber juristisch gleich einer Person, wie die einzelnen Bürger Personen sind. Der Schluß lautet so: Für Rechte und Verbindlichkeiten wird ein Subject vorausgesetzt — Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, für die ein anderes Subject nicht gegeben ist — also muß die Gesammtheit als deren Subject gedacht sein. Damit verbindet sich der andere Schluß: Ein Wesen, das als Subject von Rechten anerkannt wird, heißt Person — jene Gesammtheit ist als Subject von Rechten anerkannt — also ist sie (im juristischen Sinn) Person. Allerdings ließe sich das erste wohl noch umgehen. Man könnte sagen: es ist Rechtens, d. h. es ist eine Anordnung des Rechts im objectiven Sinn, daß gewisse Güter, ohne einem Eigenthümer zu gehören, zu gewissen Zwecken (einer Gesammtheit) bestimmt sind und gewisse Personen (als Vertreter der Gesammtheit) über deren Verwendung zu jenen Zwecken zu wachen haben; es ist Recht, daß bestimmte Personen, ohne daß ein Gläubiger da ist, etwas zu leisten haben, das wieder jenen Zwecken dienen soll; es ist Recht, daß jemanden aus gewissen Mitteln, ohne daß ein Schuldner vorhanden wäre, etwas gewährt werde u. s. w. Aber welche Unbehülflichkeit der Darstellung würde sich daraus ergeben, wenn man diesen Standpunkt festhalten wollte! Wie würde sich, wer

darin verstrickt war, erleichtert und in seiner Erkenntniß gefördert sehen, wenn ihm nun plötzlich jemand als systematisches Gelenk die juristische Person darböte, und damit die Möglichkeit, von Rechten und Verbindlichkeiten dieser Person, von Erwerb und Verlust derselben zu reden, überhaupt die ganze Lehre von den Privatrechten einfach auf dieselben anzuwenden. Denn, wohl zu merken, nach jener Auffassung könnte man von Rechten (im subjectiven Sinn), von Eigenthum, Forderungen, Vermögen einer Stadt nicht reden, die Stadt nicht Eigenthümerin nennen; man könnte keinem Staate nachsagen, daß er Schulden habe, während man heutzutage kaum einem nachzurühmen wagt, daß er keine habe. Demelius (S. 80. 81) bekreuzigt sich vor dem Schluß: „Weil nur Personen Vermögensrechte haben können, nichtsdestoweniger aber auch Gemeinden, also Nichtpersonen, Vermögensrechte haben können, so sollen Gemeinden Personen sein", oder „nur Personen können Gläubiger sein; milde Stiftungen können Gläubiger sein; also sind sie Personen!" Und „wäre es nicht richtiger", so fragt er, „zu schließen: Milde Stiftungen können Forderungen haben; sie sind keine Personen; also können nicht Personen allein Forderungen haben?" Also der Verfasser gibt zu, daß Gemeinden Vermögensrechte haben, Stiftungen Gläubiger sein können. Das heißt doch wohl nichts anderes, als daß sie Subjecte von Rechten sein können. Wenn er nun gleichwohl nicht zugeben will, daß sie Personen seien, so kann er damit, so viel ich sehe, nichts anderes meinen, als daß sie keine Menschen (sog. natürliche Personen) seien. Das aber hat sich weder Savigny noch Puchta jemals eingebildet, das, wahrlich, war nicht einer Zeile Schreibens werth. Er will eben nur nicht die Benennung „Personen" auf jene Rechtssubjecte angewendet sehen — eine Antipathie, die, wie wir oben sahen, den Römern fremd war, als welche sich nicht scheuten eine Colonie geradezu persona zu nennen und keinen Anstoß an der Bezeichnung „publica persona" nahmen, die man allenfalls in einem ganz andern Sinn für eine moralische Person anstößig finden könnte. Wollte der Verfasser mehr ausdrücken, so hätte er sagen müssen: Es ist zwar wirklich kein Recht vorhanden, kein Eigenthum, das nicht ohne einen Eigenthümer, keine Forderung, die nicht ohne einen Gläubiger zu denken ist; aber es werden doch unter ähnlichen Voraussetzungen, wie wenn einer Person (d. i. einem Menschen) Eigenthum einer Sache oder eine Forderung u. s. w. erworben ist, ähnliche rechtliche Wirkungen anerkannt, als ob ein Eigenthum oder eine Forderung existirte. Was aber wäre durch dieses Aufgeben der bisher herrschenden plastischen personificirenden Anschauung für die Rechtserkenntniß, was

für die dogmatische Darstellung gewonnen? (Vgl. Unger in der Krit. Ueberschau VI. S. 170 fg.)

Ich kann hiernach den tödtlichen Streich, den man gegen das Leben der sogenannten juristischen Personen geführt zu haben glaubt, nur als einen Streich in die Luft ansehen, und glaube, daß er keine nachhaltige Wirkung in der Theorie des Rechts zurücklassen wird. Man würde aber fehlgreifen, wenn man nach dieser Beleuchtung einer einzelnen Bemerkung der vorliegenden Abhandlung zu einem wegwerfenden Urtheil über diese im Ganzen sich berechtigt halten wollte. Dieselbe ist vielmehr sehr lesenswerth und gut geschrieben; sie legt ein gutes Zeugniß sowohl für die Kenntnisse als die Darstellungsgabe des Verfassers ab. Er hat sich vorgesetzt der „Gedankenfigur" der Fiction, wie er mit einem Kuntze'schen Lieblingsausdruck mehrmals es bezeichnet, in ihrer geschichtlichen Entstehung und Ausbildung nachzuforschen. Die Abhandlung geht nun zunächst von der Opferfiction aus, die bei den Römern wie bei andern alten Völkern vielfach in Uebung war, wornach man z. B. statt wirklicher Thiere unter Umständen nur in Wachs oder Teig geformte Abbilder den Göttern darbringen konnte (§. 1. 2.); sie knüpft daran die Fictionen in andern Disciplinen des Sacralrechtes, z. B. das Hinauswerfen der hasta ferrata des Fetialis in einen blos fingirten ager hostilis (§. 3.), und erklärt uns so die Entstehung des Satzes: „in sacris simulata pro veris accipiuntur". In §. 4 sodann sucht sie „den Uebergang der Fiction aus dem Rituale in das Recht" nachzuweisen, zunächst in solchen Gebieten, die an die Disciplinen der Priestercollegien angränzten und ihrem Einfluß offen lagen. Hier wird besonders die Arrogation hervorgehoben, mit Bezugnahme auf die bekannte von Gellius referirte Formel der betreffenden Rogatio, worin der Verfasser ein deutliches Beispiel findet, „wie durch priesterliche Kunst, pontificische Technik, der Satz des Sacralrechts verarbeitet ist". Als nächsten ursprünglichen Zweck nämlich der Arrogation nimmt der Verfasser den an, den Göttern des Hauses, wenn ihnen kein Priester erzeugt worden war, einen Ersatzmann zu bieten, der von ihnen nach der Lehre der Kundigen angenommen wurde, wie sie sich ja auch „mit einem künstlich nachgebildeten Opferstier begnügten". Dabei aber tritt nun noch ein anderer Gesichtspunkt hervor. Der Rechtsbegriff des jus des paterfamilias wurde, unverändert festgehalten, über seine natürliche Gränze hinaus anwendbar gemacht; das Nachgebildete wurde dem Originale als juristisch gleich bezeichnet. Von diesem Gesichtspunkte aus gelangte die Fiction zur ausgiebigsten Verwendung; ihre Wurzel aber liegt doch in jenem alten Satz

des jus sacrum, und diese Verwendung läßt sich mit Sicherheit zurückführen auf den Einfluß, welchen die priesterliche Doctrin auf das gesammte römische Formelwesen gehabt hat. Erdichtet wurde überall nichts, nur gleichgesetzt wurde durch Disciplin und Gesetz etwas Vorhandenes dem nicht Vorhandenen, dort bei der Opferfiction, damit das Geschuldete als geleistet gelte, hier bei der Rechtsfiction, damit ein Rechtssatz oder ein Rechtsbegriff auf ein thatsächliches Verhältniß übertragen werde, letzteres dem ursprünglich vom Rechtsbegriff beherrschten juristisch gleichgelte.

Von diesem Standpunkte aus beleuchtet der Verf. in §. 5 eine sorgfältig zusammengestellte Reihe von Fictionen in den Gesetzen, sodann in §. 6. 7 die Fictionen im Proceß, und zeigt, wie sich überall in diesen Fällen eine juristische Identificirung verschieden gestalteter Verhältnisse zu Tage lege, und es eigentlich weit bezeichnender für diese Erscheinung sei, von Gleichstellung oder juristischer Identificirung zu reden, als von Fiction (S. 49). In dieser Erörterung finden sich recht gute Bemerkungen im Einzelnen, und es ist auch gegen jenes Resultat derselben im Ganzen nichts einzuwenden. Es ist z. B. nicht zu verkennen, daß in der formula fictitia eigentlich keine Fiction enthalten war, nichts erdichtet wurde, obwohl Gajus sich so ausdrückt; im Gegentheil, sie sprach es ja deutlich aus, daß dasjenige, was man als fingirt bezeichnen könnte, thatsächlich nicht vorhanden sei, und gab dem Richter nur die Anweisung, so zu urtheilen, wie nach bereits feststehenden Normen geschehen müßte, wenn es vorhanden wäre; sie gebot also demselben die Gleichstellung eines thatsächlich verschiedenen Verhältnisses rücksichtlich seiner rechtlichen Wirkungen mit einem andern Verhältniß, das nach jenen Normen bestimmte Wirkungen hatte. Die Fiction wurde nicht in der Formula gemacht, sondern dem Richter aufgegeben sie zu machen, d. h. sich vorzustellen, es sei etwas Vorhandenes nicht vorhanden oder etwas Nichtvorhandenes vorhanden, sich zu fragen, wie er dann zu urtheilen hätte, und nun eben so zu urtheilen, als ob jene Vorstellung der Wahrheit entspreche, obgleich wohl wissend, daß dieß nicht der Fall sei. Nur in diesem Sinn konnte man eigentlich sagen: *fingitur* z. B. actorem heredem esse, oder rem usu cepisse, oder reum capite deminutum non esse u. dgl. m. Und wesentlich eben so verhält es sich in den Fällen gesetzlicher Fiction, die der §. 5. aufführt, z. B. bei der sog. fictio legis Corneliae, deren Sinn kein anderer war, als: man soll sich vorstellen, der römische Bürger sei im letzten Moment seiner Freiheit gestorben, und was dann Rechtens wäre, soll auch nun Rechtens sein, obwohl man weiß, daß er später erst in feindlicher Gefangenschaft

gestorben ist. Was aber die historische Anknüpfung aller dieser Fictionen an den oft erwähnten Satz des jus sacrum betrifft, so scheint mir der Verf. darauf zu viel Gewicht zu legen, indem er in diesem die Wurzel des Fictionsgedankens findet und daher die häufige Anwendung desselben im römischen Recht auf den Einfluß der Pontifices zurückführt. Er selbst führt aus, wie doch eigentlich die Fiction im Rechtsgebiet eine ganz andre Bedeutung gewonnen hat, als jenen alten Opferfictionen beizulegen ist, und die meisten Anwendungen derselben gehören einer Zeit an, in welcher der Einfluß der Pontifices auf die Rechtsentwicklung schon nicht mehr als vorherrschend angesehen werden kann, während andererseits eben jener Satz selbst wohl erst in ziemlich später Zeit, als man in der observatio sacrorum mehr und mehr lax geworden war, häufiger zur Wahrheit geworden und so allgemein formulirt worden ist. Zudem liegt jene Art der Rechtsentwicklung an sich so nahe, ist so bequem und dem römischen Geiste entsprechend, daß man zuversichtlich behaupten kann, der juristische Verstand der Römer würde auch ohne jenen Satz des jus sacrum auf die Anwendung der Fiction in obigem Sinne verfallen sein, wie denn auch bei keinem der zahlreichen Fälle solcher Anwendung eine Spur sich findet, daß die Erinnerung an den Satz des Sacralrechts dazu mitgewirkt habe.

In dem letzten §. 8 bespricht endlich der Verf. noch „die Fiction in den Rechtsquellen und in der Dogmatik“ — „in den Rechtsquellen“, dabei denkt der Verf. zunächst an die Justinianischen Rechtsquellen und macht darüber nur die Bemerkung, daß in den spätern Kaiserconstitutionen und in den Schriften der Juristen, „deren Fragmente für uns Gesetze sind“, zwar auch wohl juristische Identificirungen, wie die vorher besprochenen, vorkommen, aber weniger klar zu Tage liegen und „in den meisten Fällen das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Fiction erst das Resultat der Detaildurchforschung sei“. Daher denn auch „wo in unserer Dogmatik eine Fiction auftaucht, da geschieht es unter Streit über ihre Existenz oder Nichtexistenz“ (S. 78). Was aber den Gebrauch derselben in der Dogmatik betrifft, so will zwar der Verf. nicht in Abrede stellen, daß man oft einen Rechtssatz am kürzesten und bezeichnendsten in Fictionsform aussprechen könne, aber zum schweren Vorwurf macht er's, daß man mit der Fiction juristische Construction übe, daß man sie aus einem Werkzeug juristischer Terminologie zu einer Art von ultimum remedium in der Dogmatik mache, um einzelne Rechtsbestimmungen auf allgemeine Sätze zurückzuführen oder wohl gerade als Consequenzen von angeblichen Rechtsprincipien, denen sie „geradezu ins

Gesicht schlagen", erscheinen zu lassen; und hier müssen denn, indem er das an einzelnen Beispielen zu zeigen sucht, unter andern insbesondere die armen juristischen Personen herhalten. Bei dieser Polemik scheinen nun aber einige Mißverständnisse und Fehlgriffe obzuwalten. Wer fragt: „Warum können Gemeinden Vermögensrechte haben?", der wird sich durch die Antwort: „weil sie fingirte Personen sind", allerdings nicht sehr befriedigt finden. Es wird ihm von selbst ein abermaliges Warum von den Lippen springen. Vielleicht würde er sich eher zufrieden geben, wenn ihm geantwortet würde: das sei so angenommen, weil es zur Förderung der Zwecke der Gesammtheit dienlich sei, dieser ein selbstständiges Vermögen beizulegen, das von dem Vermögen der einzelnen Gemeindeglieder völlig verschieden und getrennt sei. Das wäre nicht ein „logisch-juristisches Fundament" jener Norm; es wäre vielmehr nur das materielle ökonomische Motiv derselben. „Aber, so möchte er dann weiter fragen, wie soll man sich denn das vorstellen? ein Eigenthum setzt doch einen Eigenthümer voraus, die Forderung einen Gläubiger? wo ist er?" Wir antworten: „Nun, es wird eben die Gemeinde, wie wir sie in unserer Vorstellung als ein eigenes Wesen erfassen, als das Subject jener Vermögensrechte betrachtet." Dann würde uns der Laie selbst entgegenkommend vielleicht fragen: „Also wird die Gemeinde gleichsam wie eine Person vorgestellt?" „Ganz richtig", könnten wir erwiedern, „das ist die wahre wissenschaftliche Construction des Verhältnisses; die Gemeinde ist ein selbständiges Rechtssubject, wie einzelne Privatpersonen; sie ist eine Person, aber freilich nur vermöge juristischer Vorstellung, daher nennen wir sie juristische Person; sie ist, wenn du willst, eine fingirte Person". Diese Auffassung befriedigt ein dogmatisches Bedürfniß; denn ein solches ist es, das uns treibt, die Darstellung des Privatrechts in Rechten und Verbindlichkeiten zu krystallisiren, für welche dann ein Subject vorausgesetzt werden muß. Sie ist auch fruchtbar in Folgerungen, nicht als ob die Fiction an sich Grund einer Bestimmung wäre, sondern weil die richtige Erkenntniß, die in der Fiction bezeichnend sich ausdrückt, zu entsprechenden Folgerungen leitet. Darum aber braucht die Gleichsetzung mit den natürlichen Personen nicht eine unbeschränkte und ausnahmslose in jeder Beziehung zu sein. Gibt es doch auch unter den natürlichen Rechtssubjecten sehr erhebliche Verschiedenheiten, warum sollten solche zwischen ihnen und den juristischen Personen nicht vorkommen? Und es werden ja die letzten den ersten nicht als Menschen, sondern als Rechtssubjecte, und zwar in der Sphäre des Vermögensrechts, gleichgesetzt. Der Verf. fragt S. 85: warum man nicht die juristische

Persönlichkeit auch als Ehehinderniß bezeichnen wollte? Der Witz wäre treffend, wenn fingirt wäre, die juristische Person sei entweder ein Mann, z. B. der Fiscus, oder ein Weib, z. B. die Stiftung; dann möchte man vorsichtshalber auszusprechen für gut finden, daß der erste die letzte aber doch nicht heirathen und so an deren Vermögen etwa eheherrlichen Nießbrauch erwerben könne. Zumal wer noch so kühn ist, die „abgehetzte" hereditas jacens als juristische Person zu proklamiren, möchte sich wohl vorsehen ihr die Heirathsfähigkeit ausdrücklich abzusprechen, damit sie nicht durch den Ungestüm der Brautwerber vollends zu Tode gehetzt werde. Indessen da die Ehe eine conjunctio maris et feminae ist, bisher aber unseres Wissens noch niemanden eingefallen ist die juristische Person für Mann oder Weib zu erklären, so hat es damit gute Wege. In Summa glauben wir trotz alledem den juristischen Personen noch ein länger dauerndes Leben in der Theorie des Rechts prognosticiren zu können, und wenn es je zu einer durchgreifenden Revision des preußischen Landrechts kommt, so wird man schwerlich sich beeifern, die moralischen Personen daraus zu vertreiben, es sei denn nur, um sie unter der passenderen Benennung „juristische Personen" neu aufleben zu lassen. *

---

4.

## Ueber den Begriff und die Eintheilung der unmöglichen Bedingungen. **

In der Lehre von den unmöglichen Bedingungen findet man in unsern gangbarsten Lehrbüchern des Pandektenrechts Begriffbestimmungen und Eintheilungen, mit welchen ich mich nie habe befreunden können. Und ich kann nicht läugnen, daß mir immer noch einigermaßen der Vorwurf gegründet zu sein schien, welchen ein Jurist des siebzehnten Jahrhunderts seinen Zeitgenossen macht, indem er sagt: quae autem condiciones impossibiles dicantur, ingentis confusionis materia est inter doctores nostros [1].

Man definirt Bedingung im engern und eigentlichen Sinne als einen ungewissen künftigen, nicht zu der Natur eines Geschäfts gehörigen, Thatumstand, von dessen Dasein Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden; oder insofern Rechte durch Privatwillkür davon abhängig

* Aus der kritischen Vierteljahrschrift von Pözl I. S. 93—104. (1859.)
** Lehrb. §. 71.
[1] Amaya Obss. II. cap. 11. §. 4.

gemacht sind; oder als die Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts, wodurch dasselbe oder wodurch ein Recht und dessen Dauer von einem künftigen noch ungewissen Thatumstande abhängig gemacht wird.

Man theilt nun die Bedingungen ein in affirmative und negative, je nachdem der Umstand, von welchem Rechte abhängig gemacht werden, ein positives oder negatives Factum ist, oder je nachdem die Bedingung das Aufzuschiebende, sei es die Vollendung oder die Auflösung des Geschäfts (sogenannte Suspensiv- oder Resolutivbedingung), von dem Eintreten oder von dem Nichteintreten eines Ereignisses abhängig macht, oder jenachdem die Gültigkeit eines Geschäfts davon abhängt, daß etwas geschehe oder nicht geschehe.

Man theilt die Bedingungen ferner ein in mögliche und unmögliche. Unmöglich sind sie, wenn nach allgemeinen Begriffen einzusehen ist, daß ihre Existenz undenkbar sei; möglich wenn das Gegentheil Statt findet. Und zwar ist die Bedingung physisch unmöglich, unmöglich im eigentlichen Sinne (impossibilis conditio im vorzüglichen Sinne der Römer), wenn die Unmöglichkeit in physischen Gesetzen liegt, oder wenn die Erfüllung derselben von Natur unmöglich ist, mit den Gesetzen der Natur im Widerspruche steht, den Kräften der Natur widerstreitet; die Bedingung ist moralisch (juristisch oder moralisch) unmöglich, wenn die Unmöglichkeit in rechtlichen und moralischen Vorschriften liegt, wenn die Erfüllung der Bedingung den Gesetzen (dem positiven Recht oder den guten Sitten) widerstreitet [2].

Mit diesem Begriff unmöglicher Bedingungen wird nun die Eintheilung in affirmative und negative combinirt. Thibaut sagt §. 91: „Jede derselben (sowohl die physisch als die moralisch unmögliche Bedingung kann negativ oder affirmativ gefaßt werden", und lehrt dann in §. 93: „1) die affirmative sowohl physisch als moralisch unmögliche (Bedingung) hindert sofort den Erwerb oder Rückfall des Rechts, soweit es durch sie bedingt ist; 2) die negative physisch unmögliche wird sofort als erfüllt angesehen; 3) die negative moralisch unmögliche schiebt, ihrem Begriffe nach, den Erwerb des Rechts auf, bis sie in Gemäßheit ihrer Natur existirt; dann folgt der Erwerb. Allein bei Verträgen muß man nach Römischem Recht unterscheiden a) der welcher sich etwas dafür versprechen läßt, daß er etwas moralisch Unmögliches nicht thue, vernichtet dadurch den ganzen Vertrag, bedingt sich hingegen b) Jemand etwas auf den Fall, daß der Andre eine unerlaubte That

[2] Thibaut System §. 88. 89. 91. Mühlenbruch Lehrbuch §. 105. 106. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 88. (l. §. 135.) Mackeldey Lehrb. §. 171. Vgl. Sell Versuche II. S. 19 fg.

thue, so entsteht durch die That die unbedingte Verpflichtung, das Versprochene zu geben oder zurückzuliefern".[3] So sagt Mühlenbruch §. 108: „Wenn physisch oder moralisch unmögliche Bedingungen a) affirmativ gestellt sind, so werden sie bei letztwilligen Verfügungen als nicht vorhanden betrachtet, bei Verträgen werden diese selbst dadurch ungültig; b) negative Bedingungen sind als physisch unmögliche auch bei Verträgen überall nicht zu berücksichtigen, als moralisch unmögliche kommt der Gegenstand und Zweck der Hauptverfügung in Betracht, und darnach ist ihre Wirkung nie, daß nur die Bedingung unberücksichtigt bleibt, sondern entweder ist sie zu erfüllen, oder die Verfügung selbst ist ungültig". In ähnlicher Weise lehrt auch Wening-Ingenheim §. 234: „Wird eine physisch unmögliche Bedingung affirmativ beigefügt, so wird der Vertrag ungültig, während er bei der negativen sogleich wirksam ist", wornach noch die besondern Bestimmungen in Ansehung moralisch unmöglicher Bedingungen angegeben werden.[4]

Diese Bestimmungen nun sind es, welche mir der in Lehrbüchern gewiß vor Allem wünschenswerthen Consequenz und Klarheit in der Auffassung und Darstellung zu ermangeln scheinen, wenn gleich in dem, was sie sagen wollen, keine Unrichtigkeit enthalten ist. Bleiben wir vorerst bei den physisch unmöglichen Bedingungen stehen.

Soll eine physisch unmögliche Bedingung diejenige sein, deren Erfüllung nach physischen Gesetzen nicht erwartet werden kann oder den Gesetzen der Natur widerstreitet (cui natura impedimento est, quo minus existat), und eine negative Bedingung diejenige, vermöge welcher von dem Nichteintreten eines Umstandes Rechte abhängig gemacht sind, so kann die Bedingung nicht eine negative physisch unmögliche genannt werden, welche die angeführten Schriftsteller unter diesem Ausdrucke verstehen. Diese soll bei Verträgen nicht befriedigt oder sofort als erfüllt angesehen werden; und als Beispiele derselben werden durch Beziehung auf L. 7. D. de V. O. und §. 11. I. de inutilib. stipulat. angeführt „si in coelum non ascenderit", „si digito coelum non attigerit". Diese Bedingungen bestehen in dem in coelum *non* ascendere, oder digito coelum *non* attingere; sie werden also erfüllt, wenn das ascendere oder attingere nicht eintritt; es ist ein negatives Factum, von dessen Existenz dieses Rechtsgeschäft ein Recht abhängig machen will. Nun ist klar, daß diese Bedingungen nicht unmögliche sind, sondern im Gegen-

[3] Vgl. §. 953. 954.
[4] Vgl. §. 458.

theil zu den sogenannten nothwendigen Bedingungen gehören; sie sind nicht Bedingungen, deren Erfüllung nach physischen Gesetzen nicht eintreten, sondern Bedingungen, deren Erfüllung nicht ausbleiben kann. Unmöglich ist das ascendere oder attingere; also ist das non-ascendere oder non-attingere nothwendig. Eben deßhalb werden diese Bedingungen auch bei Verträgen gar nicht berücksichtigt, weil überhaupt alle sogenannten necessariae conditiones, wie es in der Natur der Sache liegt, ohne Einfluß sind [5]; während die Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung Nichtigkeit des Vertrages bewirkt [6], und diese Wirkung auch einer wahrhaft negativen unmöglichen Bedingung unbedenklich beigelegt werden muß. Jene Schriftsteller verwechseln also die Bedingung, durch welche von dem Nichteintreten eines positiven physisch unmöglichen Ereignisses ein rechtlicher Erfolg abhängig gemacht wird, mit der negativen physisch unmöglichen Bedingung, da doch hingegen mit Recht nur diejenige so genannt werden kann, welche auf das Nichteintreten eines nach physischen Gesetzen nothwendigen und unausbleiblichen Umstandes, also auf ein unmögliches negatives Factum gestellt ist: z. B. wenn es nie wieder regnet, wenn du nicht sterben wirst, wenn der Stein in freier Luft nicht herunterfällt, u. dgl. m. In den Fällen der ersten Art kann man allenfalls sagen, es werde ein physisch unmögliches Factum negativ zur Bedingung gestellt, und wenn sich unsre Lehrbücher nur dieses Ausdrucks bedienten, wie es in einigen Stellen geschieht, so könnte man ihnen nur etwa den Vorwurf machen, daß sie nicht zugleich das Verhältniß der Begriffe „negative" und „unmögliche" Bedingung zu diesem Ausdruck klarer bezeichneten. Nicht ohne Begriffsverletzung aber kann man die Bedingung dieser Art selbst eine negative physisch unmögliche nennen, indem die Bedingung eben nur in der Negation des Unmöglichen besteht, dieselbe aber doch nicht eine unmögliche heißen kann, weil ein unmögliches Faktum darin als dasjenige, was nicht eintreten soll, erwähnt wird.

Die Wahrheit dieser Bemerkungen bedarf meines Erachtens keines Beweises aus den Quellen; der Beweis liegt in der Sache selbst; und wenn die Quellen nicht damit übereinstimmten, so könnte dieß nur als eine besondre Ausdrucksweise derselben hervorgehoben, es müßte aber nichts desto weniger anerkannt werden, daß die Begriffsbestimmungen, welche oben mitgetheilt wurden, in sich fehlerhaft seien. Es versteht sich auch fast von selbst, daß dieß schon Andre eben so gut eingesehen

[5] L. 9. §. 1. D. de novat. (46. 2.) L. 18. D. de cond. indeb. (12. 6.)
[6] L. 7. cit.

haben werden[7], wenn auch nicht der erwünschte Gebrauch davon gemacht worden ist; und so finde ich es auch von Sell in der fleißigen Bearbeitung der Lehre von den unmöglichen Bedingungen S. 101—106 richtig ausgeführt[8]. Ich hätte darnach diese Bemerkungen als überflüssige ganz zurückhalten mögen, wenn ich nicht bemerkt hätte, daß die richtige Ansicht auf die Darstellung sowohl in diesem Werke als in neuern Ausgaben jener Lehrbücher ohne durchgreifenden Einfluß geblieben sei, und es deßhalb nicht der Mühe werth hielte, das Verhältniß derselben zu den gewöhnlichen Eintheilungen bestimmter zu bezeichnen.

Unsre Begriffsbestimmungen stimmen aber auch mit den Quellen wohl überein, obgleich doch diese andrerseits zu der Bezeichnung „negativ unmögliche Bedingung" in dem üblichen Sinne allerdings auch einige Veranlassung gegeben haben. Die Richtigkeit unsrer Ansicht folgt nämlich schon von selbst aus der quellenmäßigen Definition der impossibilis conditio, als derjenigen, cui natura impedimento est, *quominus existat*, veluti si quis ita dixerit: *si digito coelum attigero, dare spondes?*[9] und wird bestätigt durch den gleich folgenden Gegensatz: at si ita stipuletur: *si digito coelum non attigero, dare spondes?* pure facta obligatio intelligitur; entsprechend dem, was in L. 9. §. 1. D. de novat. (46. 2.) gesagt ist: qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari. Damit stimmt auch L. 7. D. de V. O. überein: Impossibilis conditio quum in faciendum concipitur, stipulationi obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi *si in coelum non ascenderit:* nam utilis et praesens est. Diese Stelle konnte jedoch leicht zu der sogenannten

[7] So sagt schon die Glosse zu L. 7. cit. »et sic in non faciendo, cum enim eius contraria sit impossibilis, ergo ista necessaria«. Vgl. Cuiac. ad h. l. Amaya l. c. Auch Mühlenbruch erkennt es stillschweigend an, indem er in §. 105. not. 3. L. 7. in f. D. de V. O. neben L. 9. §. 1. D. de novat. allegirt; obgleich er sich in §. 108. 1. b. der gewöhnlichen Darstellung anschließt.

[8] Es ist jedoch dem Verfasser hier eine Ungenauigkeit entschlüpft. Er sagt nämlich S. 102 ganz richtig: wenn ein physisch unmögliches Ereigniß affirmativ als Resolutivbedingung einem Vertrage beigefügt werde, so sei dieser sogleich eben so giltig, als wenn gar keine Bedingung beigefügt wäre. Unrichtig aber ist es, wenn er hinzusetzt: „Denn im ersten Augenblick ist gewiß, daß die Bedingung nicht allein nicht deficiren wird, sondern daß sie nothwendig eintreten muß". Im Gegentheil, es ist sogleich gewiß, daß die Bedingung nicht allein nicht eintreten wird, sondern daß sie nothwendig deficiren muß. Es kann also die Resolution des Vertrags gar nicht ernstlich gewollt sein; deßhalb ist dieser Nebenvertrag als gar nicht geschlossen anzusehen, wie im Fall 1. S. 99. das Hauptgeschäft, und es besteht somit hier der Hauptvertrag, als sei er ohne Resolutivbedingung abgeschlossen. Dieser Fehlgriff würde vermieden worden sein, wenn Nr. 1. und 4. und Nr. 2. 3. als analoge Fälle unter einander gesetzt wären.

[9] §. 11. I. de inutil. stipulat. (3. 19.) Vgl. Gai. III. §. 98; ea conditio, quae existere non potest. Paull. III. 4b. §. 1. conditio, quae per rerum naturam admitti non potest, wo unter conditio das zur Bedingung gestellte Factum selbst verstanden zu werden scheint: wie in L. 31. D. de obl. et act. (44. 7.) conditio, quam sciant esse impossibilem. L. 69. D. de V. O. »res impossibilis«.

negativ unmöglichen Bedingung führen. Denn bei der impossibilis conditio in faciendum concepta denkt man unwillkürlich an den Gegensatz impossibilis conditio in non faciendum concepta, und muß also geneigt sein anzunehmen, daß Ulpian die Bedingung, welche er gleich darauf als Gegensatz der ersten anführt, auch wohl so genannt haben möchte.[10] In einer andern Stelle, L. 50. §. 1. D. de hered. instituend., kommt denn auch wirklich der Ausdruck impossibilis conditio in non faciendo expressa in einer Verbindung vor, in welcher er nicht wohl etwas andres, als die uneigentlich so genannte negativ unmögliche Bedingung bezeichnen kann. Man kann sich dieß so erklären, daß zuerst ein positives Ereigniß, in sofern es als Inhalt einer Bedingung gedacht werden kann, an sich impossibilis conditio genannt und dann die Nichtexistenz dieser impossibis conditio als Bedingung gesetzt worden ist. Mir scheint aber, man könne nicht zweifelhaft darüber sein, daß man solche einzelne Ausdrücke der Quellen nicht zur Bildung einer an sich unpassenden Terminologie benutzen, und, wenn man es thut, wenigstens auf das Mangelhafte darin aufmerksam machen sollte.

Wenden wir uns jetzt zu den sogenannten juristisch und moralisch unmöglichen Bedingungen.

Will man den Begriff derselben analog dem Begriffe physisch unmöglicher Bedingungen bestimmen (und dieß ist nothwendig, wenn die Uebertragung der Bezeichnung gerechtfertigt, und die moralisch unmögliche mit der physisch unmöglichen unter einen gemeinschaftlichen Begriff unmöglicher Bedingungen subsumirt werden soll), so muß man sagen: Juristisch unmögliche Bedingungen sind solche, deren Erfüllung nach positivem Rechte nicht Statt finden kann oder dem positiven Rechte widerstreitet, moralisch unmögliche diejenigen, deren Erfüllung den Sittengesetzen widerstreitet. In dieser oder ähnlicher Weise wird denn auch der Begriff in unsern Lehrbüchern aufgestellt. Es zeigt sich aber bei näherer Betrachtung bald, daß diese Begriffsbestimmung theils nicht zutreffend, theils nicht ausreichend sei, wenn wir sie mit den einzelnen Arten von Bedingungen, welche als moralisch oder juristisch unmögliche angeführt werden und welche auch wirklich aus Gründen des Rechts oder der Sitte verwerflich sind, vergleichen. Es können allerdings Bedingungen gedacht werden, deren Erfüllung aus juristischen Gründen schlechterdings unmöglich ist, und welche daher im vollsten Verstande juristisch unmögliche genannt werden können: wenn ein Umstand zur Bedingung gestellt wird, der wegen entgegenstehender Bestimmungen des Rechts gar nicht eintreten

10 Vgl. Sell a. a. O.

kann, eine Handlung, welche als dem Rechte widerstreitend nicht wirksam vollzogen werden kann, sondern immer ohne den beabsichtigten Erfolg bleibt. Z. B. Eigenthumserwerb einer res extra commercium, wie einer res sacra oder publica; Testamentserrichtung während der Unmündigkeit oder des Wahnsinns; Eingehung einer Ehe mit Mutter oder Schwester; Ehescheidung, wo sie nicht nur strafbar, sondern nichtig, also rechtlich unmöglich ist; Aufgeben der eignen Freiheit u. dgl. m. In diesen Fällen ist, wenn man von der Möglichkeit einer Aenderung des Rechts, wie der Naturgesetze, absieht, die größte Aehnlichkeit mit physisch unmöglichen Bedingungen vorhanden. Auf Bedingungen dieser Art wird auch in den Quellen der Ausdruck impossibilis conditio angewendet, und die conditio, quae iure impleri non potest, verglichen mit derjenigen, quae natura impossibilis est[11]; und es ist einleuchtend, daß man dieselben nicht angemessen moralisch unmögliche Bedingungen nennen kann[12]. Auch ist hierauf unbedingt anzuwenden, was wir oben in Betreff negativ unmöglicher Bedingungen bemerkt haben. Das Nichteintreten eines in diesem Sinne juristisch unmöglichen Ereignisses macht nämlich juristisch eben so eine nothwendige Bedingung, wie wir oben nachgewiesen haben, daß die Nichtexistenz eines physisch unmöglichen Ereignisses als nothwendige Bedingung so gut wie gar keine sei: z. B. die Bedingung, wenn du dem A nicht das Forum verkaufen wirst, ist eine nothwendige, und als solche sowohl bei Verträgen wie bei letzten Willensordnungen ohne Wirkung[13]. Eine eigentliche negative juristisch

[11] L. 137. §. 6. D. de V. O. Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam aut huiusmodi res, quae publicis usibus relictae sunt, *ubi omnino conditio iure impleri non potest*, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, perinde ac si ea conditio, *quae natura impossibilis est*, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc *impossibile* est, postea *possibile* fieri. Hiermit kann man auch L. 72. §. 7. D. de cond. et dem. (35. 1.) zusammenstellen. Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus *impossibilem* esse dixerunt, veluti *Pamphilus si quod Titio debeo solverit liber esto*, si modo nihil Titio fuit debitum. Die Zahlung der nicht existirenden Schuld ist nämlich etwas juristisch unmögliches.

[12] Uebereinstimmend mit dem Obigen hat sich nun auch der Recensent von Sell's angeführter Schrift in der Hall. Litt. Ztg. von 1837. Ergänzungsbl. Nr. 5. ausgesprochen mit den Worten: „Offenbar gibt es eine sehr wichtige Gattung juristisch unmöglicher Bedingungen, welche mit der Moral überall nichts zn thun haben, Bedingungen nämlich, die Handlungen zum Gegenstande haben, welche weder einem moralischen noch einem juristischen Gebote oder Verbote zuwiderlaufen, bei denen man also auch nicht sagen kann, daß sie nicht erfüllt werden dürfen, welche aber nach Rechtsregeln nicht erfüllt werden können. Es gehören hieher alle Handlungen, welche das Jus für nichtig erklärt, wie wenn z. B. zur Bedingung gemacht ist, daß jemand eine res extra commercium verkaufe, daß ein peregrinus als solcher ein Testament mache, daß eine Sclavin als solche heirathe. Dergleichen Bedingungen sind wegen juristischer Normen unerfüllbar, haben aber offenbar weit mehr Aehnlichkeit mit den physisch als mit den moralisch unmöglichen Bedingungen."

[13] Doch ist zu bemerken, daß die letzte Willensordnung selbst ungiltig ist, wenn die Bedingung darin besteht, daß derjenige, zu dessen Nachtheil die Verfügung wirksam sein würde, das Unmögliche nicht thue. Denn indem Justinian die Bestimmung des alten Rechts, wornach alle poenae nomine

unmögliche Bedingung aber wäre es, wenn das Nichteintreten eines aus juristischen Gründen unausbleiblichen Umstandes zur Bedingung gestellt wäre.

Anders verhält es sich mit den Bedingungen, welche auf die Existenz oder Nichtexistenz solcher Thatsachen gerichtet sind, die zwar wohl eintreten *können*, aber nach juristischen oder moralischen Grundsätzen nicht eintreten *sollen*; mit einem Worte, rechtlich oder sittlich *unerlaubte Handlungen*. Es scheint nun sehr nahe zu liegen, auch diese Thatsachen juristisch oder moralisch unmögliche zu nennen, und darnach denn auch die Bedingungen dieser Art so zu bezeichnen, sofern Recht und Moral nicht zulassen, daß dasjenige geschehe, was zur Erfüllung der Bedingung gehört, und in so weit hier Recht und Sittengesetz, wie sonst natura, impedimento est, quominus existat conditio[14].

Allein es ist doch der wesentliche Unterschied nicht nur von den physisch unmöglichen, sondern auch von den juristisch unmöglichen Bedingungen in dem vorhin angegebenen Sinne nicht zu verkennen. Bei den physisch unmöglichen ist es wegen eines physischen, bei den juristisch unmöglichen wegen eines rechtlichen Hindernisses schlechterdings unmöglich, daß das zur Bedingung gestellte Factum Statt finde; von den letzten wird gesagt: iure impleri non possunt, d. h. nach dem Rechte oder aus juristischen Gründen *können* sie nicht erfüllt werden. Hier ist also schon nach der (physischen oder juristischen) Natur der Sache eine wahre Bedingung gar nicht vorhanden, weil das Unmögliche nicht ungewiß ist. Hingegen das Unerlaubte *kann* trotz dem Rechts- oder Sittengesetze dennoch geschehen; impleri potest, obgleich es contra ius oder contra bonos mores ist, quod impleatur; es kann also an sich wohl als Bedingung gedacht werden, und es bedarf erst besonderer Bestimmung, oder einer Folgerung aus höheren Grundsätzen, um behaupten zu können, daß solche Bedingungen unzuläſſig seien. Wären diese von demselben Gesichtspunkt zu beurtheilen, welcher bei jenen entscheidet, nämlich dem der Unmöglichkeit der bedingenden Thatsache, so könnte nichts darauf

relicta ungiltig waren, aufhob, hat er doch ausdrücklich ausgesprochen, daß sie noch ferner ungiltig sein sollten, wenn etwas (physisch oder juristisch) Unmögliches (impossibile) von einem Honorirten verlangt, und, falls er dieses nicht thue, zu dessen Nachtheil ein anderer bedacht werde. — Hätte nicht früher der Grundsatz bestanden, daß poenae nomine relicta ungiltig seien, so würde man in diesen Fällen wohl nicht die bedingte Verfügung als ungiltig behandelt, sondern die Bedingung pro non scripta angesehen haben.

[14] So sagt Papinian in L. 15. D. de cond. institut. (28. 7): quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est, und erklärt daher das Testament des Vaters, in welchem unter solcher Bedingung der Sohn eingesetzt sei, für ungiltig ac si conditio non esset in eius potestate. (Cf. L. 4. D. de hered. instit. 28. 5.)

ankommen, von wem das Unerlaubte geschehen solle; denn die unerlaubte Handlung, sie mag von wem auch begangen werden sollen, wenn nicht die Unerlaubtheit gerade in einer besondern persönlichen Beziehung ihren Grund hat, ist immer in demselben Sinne moralisch unmöglich, d. h. sie widerstreitet dem Rechts- oder Sittengesetze. In der That aber kommt es in Ansehung der Wirksamkeit solcher Bedingungen wesentlich darauf an, wessen die in der Bedingung gesetzte unerlaubte Handlung sei; und nur in sofern haben sie gleich den unmöglichen Bedingungen je nach Verschiedenheit des Geschäfts, dem sie hinzugefügt werden, Nichtigkeit desselben zur Folge, oder werden gar nicht beachtet, als sie dazu beitragen könnten, daß dasjenige, was nicht geschehen sollte, dennoch geschehe[15]. Darum ist der Vertrag ungiltig, wodurch Jemanden ein Vortheil zugesagt wird, unter der Bedingung, daß er etwas Schlechtes thue[16]; und gilt dieselbe Bedingung pro non adjecta, wenn sie einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß hinzugefügt ist[17]. Giltig aber ist der Vertrag, wodurch sich Jemand zu einer Leistung verpflichtet, wenn er etwas Unerlaubtes thue[18]; denn dieser ist wohl geeignet, von der unerlaubten Handlung abzuhalten, nicht aber dazu anzureizen. Giltig sind nach Justinianischem Recht, nachdem die alte Beschränkung in Ansehung der poenae nomine relicta aufgehoben, auch letzte Willensordnungen, wodurch einem andern etwas hinterlassen wird auf den Fall, daß derjenige, welchem dieses entzogen wird, eine unerlaubte Handlung begehe[19]. Ferner ist auch die Bedingung, wenn ein Dritter, der bei dem Rechtsgeschäfte nicht betheiligt ist, etwas Unerlaubtes thue, nicht ungiltig, wenn nur dabei nicht die Absicht zum Grunde liegt, mittelbar das Unerlaubte zu befördern. In allen diesen Beziehungen gilt auch dasselbe, wenn von einer dem Rechte oder der Sitte widerstreitenden Unterlassung die Rede ist (was man nach richtiger Analogie allein eine negative moralisch unmögliche Bedingung nennen könnte), als wenn die Bedingung in einer unerlaubten positiven Handlung besteht. Z. B. die Bedingung, wenn A seinem Vater keine Alimente gewährt, macht eben so, wie die Bedingung, wenn A seinen Vater todtschlägt, das Versprechen zum Vortheile des A ungiltig, und gilt beim Vermächtniß zu Gunsten des A pro non scripta[20], ist aber giltig, wenn sie einem von A

15 L. 123. D. de V. O. si flagitii faciendi causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

16 L. 35. §. 1. D. de V. O.

17 L. 14. D. de condit. instit. (28. 7.) Paulli sentt. III. 4b. §. 2.

18 L. 121. §. 1. D. de V. O.

19 §. 36. I. de legatis (2. 20.) L. nn. Cod. de his quae poenae nom. (6. 41.)

20 Conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti *si ab hostibus patrem suum non redemerit; si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit.*

geleisteten Versprechen oder einem dem A auferlegten oder zu seinem Nachtheil einem andern zugewendeten Vermächtniß, oder wenn sie einem dem C von B geleisteten Versprechen oder dem B zum Vortheile des C aufgelegten Vermächtniß hinzugefügt ist.

Es ist hieraus klar, daß überall nicht die moralische Unmöglichkeit, d. i. Unerlaubtheit einer Handlung an sich den Grund enthält, warum sie nicht zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gesetzt werden kann, sondern die Beziehung, in welcher die Bedingung zu dem ganzen Inhalt des Rechtsgeschäfts steht; daß also diese Bedingungen nicht deßhalb und in dem Sinne, wie man von physisch unmöglichen spricht, weil nämlich deren Erfüllung unmöglich sei, moralisch unmögliche genannt werden können, sondern nur in dem Sinne, daß sie aus Gründen der Moral, weil sie unmoralischen Zwecken dienen, nicht Bedingungen von Rechten sein können.

Noch weniger ist die Analogie zutreffend bei den sogenannten negativen moralisch unmöglichen Bedingungen. Negative moralisch unmögliche Bedingungen hat man diejenigen genannt, welche von dem Nichteintreten einer rechtlich oder sittlich unerlaubten Handlung Rechte abhängig machen, z. B. wenn du deinen Vater nicht ermordest. Es liegt dabei dieselbe Verwechselung zum Grunde, welche wir oben bei den physisch unmöglichen gerügt haben. Es ist die Negation von demjenigen, was man als moralisch unmöglich bezeichnet, zur Bedingung gemacht; daher kann die Bedingung zwar wohl eine negative, nicht aber eine moralisch unmögliche genannt werden, wenn moralisch unmögliche die Bedingung sein soll, deren Erfüllung den Vorschriften des Rechts oder der Sitte widerstreitet. Vielmehr könnte man sie eine moralisch nothwendige Bedingung nennen, weil die Unterlassung einer moralisch unmöglichen d. i. unerlaubten Handlung eine moralische, wie das Nichteintreten einer physischen Unmöglichkeit eine physische Nothwendigkeit ist.

Unpassend wäre aber doch auch diese Gegeneinanderstellung. Denn die physisch nothwendige, und somit auch die uneigentlich sogenannte negative physisch unmögliche Bedingung ist eben deßwegen, weil sie nothwendig erfüllt werden muß, gar keine Bedingung. Von der Bedingung aber, daß etwas Unerlaubtes nicht geschehe, kann man nicht dasselbe sagen. Denn es kann das Unerlaubte, ungeachtet es unerlaubt ist, dennoch geschehen; es ist nichts weniger als gewiß, daß es, weil es nicht geschehen *soll*, auch wirklich nicht geschehen *werde*. Es kann daher auch hier nur auf andern Gründen beruhen, wenn solche Bedingung oder das so bedingte Geschäft nicht wirksam ist.

Der Grund kann auch hier darin liegen, daß nicht das Unerlaubte befördert werden soll. Aus diesem Grunde ist der Vertrag ungiltig, wodurch sich Jemand zu einer Leistung verpflichtet, wenn er, der Versprechende, etwas Unerlaubtes nicht thue, weil dadurch, wenn er giltig wäre, der Versprechende angereizt würde, die unerlaubte Handlung zu begehen[21]. Aus demselben Grunde ist auch ungiltig die Erbeinsetzung oder das Vermächtniß unter der Bedingung, wenn derjenige, welcher durch diese Verfügungen verlieren würde, etwas Unerlaubtes nicht thun werde. Denn obgleich Justinian sonst gestattet hat, Jemanden poenae nomine zum Erben einzusetzen oder mit Vermächtnissen zu bedenken, so wollte er dies doch nicht in der Weise zugelassen haben, daß dadurch der Onerirte zu verbotenen oder schimpflichen Handlungen (legibus interdictum und probrosum) aufgefordert werde[22]. Ist hingegen die Bedingung darauf gestellt, daß derjenige, welchem durch das Rechtsgeschäft ein Vortheil zugesagt wird, etwas Unerlaubtes nicht thue, so kann jene Absicht, Förderung des Schlechten zu vermeiden, der Wirksamkeit eben so wenig im Wege stehen, als wenn Jemanden unter der Bedingung, daß er etwas Schlechtes thue, ein Nachtheil angedroht wird, da jene Bedingung vielmehr eine Aufforderung, das Unerlaubte wirklich nicht zu thun, enthält. Daher ist denn auch die letzte Willensordnung, wodurch Jemand unter jener Bedingung honorirt wird, unzweifelhaft vollkommen giltig. Allein bei Verträgen tritt hier eine andere Rücksicht der Giltigkeit des Geschäfts in den Weg. Das römische Recht erkennt nämlich eine turpitudo darin, daß man sich für die Unterlassung einer unerlaubten oder schimpflichen Handlung einen Vortheil versprechen lasse. Daher wird ein solcher Vertrag als schimpflich nicht für giltig angesehen. Bei letzten Willensverfügungen, als bloß einseitigen Handlungen, kann diese Rücksicht nicht eintreten, weil der Honorirte keinen Theil daran hat, daß ihm unter solcher Bedingung etwas hinterlassen wird. Bei Verträgen aber ist derjenige, welcher unter solcher Bedingung ein Recht erwerben soll, selbst mitthätig, und nach römischem Recht mußte er bei der Stipulation sich ausdrücklich auf den Fall, daß er das Schlechte und Verbotene nicht thun werde, die Leistung des andern Theils ausbedingen. Doch möchte ich nicht behaupten, daß jedes Versprechen unter solcher Bedingung ungiltig sei. In L. 7. §. 3. D. de pactis wird nur gesagt: si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Darnach möchte nur so viel behauptet werden können,

[21] L. 123. D. de V. O.

[22] L. un. Cod. de his quae poen. nom. rel. (6. 41.)

daß das Versprechen ungiltig sei, wenn es gerade den Zweck habe, einer schlechten That des andern entgegenzuwirken, und nur in diesem Fall ist auch auf Seiten dieses letzten eine turpitudo vorhanden. Wenn dagegen Jemand einem Andern etwas zu versprechen ohnehin bereit ist, und dieses nur an die Bedingung knüpft, daß derselbe etwas Schlechtes, was dieser gar nicht die Absicht hat zu thun, jener aber doch etwa auf's Ungewisse hin von ihm fürchtet oder für möglich hält, nicht thue; wenn ihm z. B. versprochen wird unter der Bedingung, daß er keinen todtschlage, daß er keine Excesse dieser oder jener Art mache u. dgl., wo er gar nicht daran denkt, solches zu begehen, so wird man das Versprechen wohl nicht ohneweiters als ungiltig verwerfen können.

Durch das Bisherige ist es, wie ich denke, hinreichend klar geworden, wie unpassend Verschiedenartiges zusammengebracht und in Parallele gestellt wird, wenn man in der gewöhnlichen Weise den Begriff unmöglicher Bedingungen, affirmativer und negativer, auf die unerlaubte Handlungen betreffenden Bedingungen überträgt.

Außerdem ist noch folgendes zu bemerken:

Es gibt mehrere Bedingungen, welche unzulässig sind, obgleich sie nichts an sich Unerlaubtes enthalten. So ist die Bedingung, si non nupserit oder uxorem non duxerit, der Regel nach unstatthaft, weil das Gesetz nicht will, daß Jemand dadurch abgehalten werde, zu heirathen[23]; es kann aber nicht behauptet werden, daß das Nichtheirathen etwas Unerlaubtes sei. So war auch nach älterem römischem Recht das divortium facere nichts Unerlaubtes; dennoch war die Bedingung si divortium feceris verwerflich[24]. Unzulässig ist ferner die Bedingung, wenn man sich nicht von einem bestimmten Orte entferne[25]; gewiß nicht weil darin an sich etwas Unerlaubtes liegt, sondern weil man nicht will, daß Jemand durch die Rücksicht auf pekuniäre Vortheile dergestalt in seiner persönlichen Freiheit beschränkt werde. Hierhin kann auch noch die conditio iurisiurandi gerechnet werden[26]. Es ist an sich weder unerlaubt noch schimpflich, eine Leistung unter eidlicher Bestärkung zu versprechen: es ist ein giltiges Rechtsgeschäft. Doch aber hat das prätorische Edict aus wohl zu billigenden Gründen diese Bedingung bei letztwilligen Verfügungen verworfen, und daher wird sie denn auch von unsern Schriftstellern unter die moralisch unmöglichen Bedingungen gezählt. Schon der Umstand, daß sie nur bei letztwilligen Verfügungen nicht zugelassen

[23] L. 22. vgl. L. 79. §. 4. D. de cond. et dem. (35. 1.)
[24] L. 8. §. 1. D. de usu et habitat. (7. 8.) L. 5. Cod. de instit. et substit. (6. 25.)
[25] L. 71. §. 2. D. de cond. et dem.
[26] L. 8. D. de condit. instit. (28. 7.)

wird, sollte gegen diesen Ausdruck mißtrauisch machen; denn das Unerlaubte, Schimpfliche muß bei Verträgen nicht weniger wie bei letztwilligen Verfügungen moralisch für unmöglich gelten. Es hat darnach den Anschein, daß man die erst durch die Bestimmung des Edicts begründete juristische Unmöglichkeit, eine solche Bedingung letztwilligen Verfügungen wirksam hinzuzusetzen, mit der moralischen Unmöglichkeit der Erfüllung der Bedingung verwechselt habe, oder mit andern Worten, daß man die Bedingung unmöglich genannt habe, weil sie nicht wirksam hinzugefügt werden kann, nicht weil sie nicht ohne Verletzung von Recht oder Sitte erfüllt werden könne.

Nur in so fern könnte man auch hier den letzten Gesichtspunkt rechtfertigen, als, wenn gleich die Thatsachen, welche zur Erfüllung dieser Art von Bedingungen gehören, nicht an sich dem Rechts- oder Sittengesetze widerstreiten, doch die Erfüllung derselben unanständig und daher sittlich unmöglich erscheinen mag, indem das Tadelnswerthe eben darin liege, daß man zum Zweck der Erfüllung der Bedingung und so mittelbar zum Zweck der Erreichung des bedingten Vortheils dasjenige thue oder unterlasse, was zu thun oder zu unterlassen zur Bedingung gemacht worden ist. Allein wenn gleich nicht geläugnet werden soll, daß diese Rücksicht bei einigen jener Bedingungen mitgewirkt habe, sie für ungiltig zu erklären, so möchte sich doch nicht erweisen lassen, daß sie allein den Grund der Unzuläßigkeit derselben enthalte.

Hat nun unsere Erörterung ergeben, daß die gewöhnliche Lehre von den moralisch unmöglichen Bedingungen der Sache selbst nicht angemessen ist, und findet sich auch in den Quellen nirgendwo eine Bestätigung des von unsern Juristen angenommenen Sprachgebrauches, da, so viel mir bekannt ist, in keiner Stelle die moralisch unmöglichen Bedingungen geradezu impossibiles conditiones genannt werden[27], so wird man wohl

[27] L. 137. §. 6. D. de V. O. bezieht sich nur auf juristisch unmögliche Bedingungen, in dem beschränkteren Sinne, welchen wir oben geltend gemacht haben. In L. 50. D. de pactis kommt nur der Ausdruck impossibile pactum für rechtlich unzuläßigen Vertrag vor. Außerdem könnte man in L. 97. D. de condit. et dem. die Bezeichnung impossibilis conditio für die bei letztwilligen Verfügungen unzuläßige conditio iurisiurandi finden wollen. Ich halte dieß aber nicht für richtig. Wenn nämlich Neratius sagte: Municipibus, si iurassent, legatum est; haec conditio non est impossibilis: so wollte er damit meiner Meinung nach ausdrücken, daß die Bedingung keine unmögliche im eigentlichen Sinne d. h. keine solche sei, deren Erfüllung unmöglich. Man könnte die Erfüllung für unmöglich halten, weil die Municipes als juristische Person nicht schwören können. Dieser Meinung will Neratius begegnen, weil, wie Paulus erläuternd hinzusetzt, als Vertreter der Municipes diejenigen, welche sonst in den Angelegenheiten derselben zu handeln befugt sind, auch in ihrem Namen schwören können. Diese Erklärung scheint mir die Frage des Paulus »quemadmodum ergo pareri potest?« und die darauf folgende Antwort im Zusammenhange mit dem vorhergehenden ganz ungezwungen an die Hand zu geben. Wäre die Bedingung, si municipes iurassent, im eigentlichen Sinne impossibilis, so würde sie nach der allgemeinen Regel bei dem Vermächtniß völlig pro non scripta, und dieses als

besser folgendermaßen die hierhergehörigen Sätze in compendiarischer Kürze zusammenstellen können.

Nothwendige Bedingungen kann man diejenigen nennen, deren Erfüllung nothwendig eintreten muß, und zwar physisch oder juristisch nothwendig, je nachdem die Erfüllung nach physischen Gesetzen oder aus juristischen Gründen nicht ausbleiben kann; sie mögen übrigens in der Position eines Umstandes, der eintreten muß, oder in der Negation eines Umstandes, der nicht eintreten kann, bestehen. Solche nothwendige Bedingungen sind in allen Fällen ohne Bedeutung.

Im Gegentheile sind unmögliche Bedingungen diejenigen, deren Erfüllung nicht eintreten kann, und zwar ebenfalls physisch oder juristisch unmögliche, je nachdem die Unmöglichkeit der Erfüllung in physischen oder juristischen Verhältnissen ihren Grund hat; es mögen nun dieselben in der Position eines Umstandes, der nach physischen oder juristischen Gesetzen nicht eintreten kann, oder in der Negation eines Umstandes, der nach solchen Gesetzen eintreten muß, bestehen. Bedingungen dieser Art machen Geschäfte unter Lebenden, denen sie hinzugefügt werden, nichtig, und werden bei letztwilligen Verordnungen als nicht beigefügt betrachtet.

Dasselbe gilt von allen Bedingungen, welche, wenn sie wirksam wären, zur Beförderung einer rechtswidrigen oder unsittlichen Handlung oder Unterlassung beitragen würden, welche daher contra ius oder bonos mores hinzugefügt sind (moralisch unzulässige Bedingungen), wohingegen Bedingungen, welche dem Unerlaubten entgegenwirken, zulässig sind, und nur in sofern Ungiltigkeit des bedingten Geschäfts zur Folge haben, als sich Jemand, damit er von dem Unerlaubten abstehe, einen Vortheil versprechen läßt. Außerdem werden einige Bedingungen aus dem Grunde für unzulässig erklärt, weil es unpassend oder dem öffentlichen Interesse widerstreitend erscheint, durch sie Rechte zu bedingen, wenn gleich sie nichts an sich Unerlaubtes oder Unsittliches bezwecken oder befördern *.

---

Die hier versuchte Berichtigung der Begriffe hat eine Entgegnung erfahren von Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erläuterung

ganz unbedingtes gelten; ist dagegen die conditio nicht impossibilis im eigentlichen Sinne, so könnte höchstens die Bestimmung des prätorischen Edicts Anwendung finden, nach welcher nur das Schwören erlassen wird, das zu Beschwörende aber geleistet werden muß. Doch kann man die Stelle zugleich als Beweis ansehen, daß diese Anwendung hier ausgeschlossen sei. Vgl. Sell a. a. O. S. 243 fg.

* Arndts' Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts und Civilprocesses. Bonn 1837. S. 169—183.

der Pandekten Bd. 41, S. 111 fg. Sie ist dagegen vollkommen gebilligt von Savigny im System des heut. R. R. Bd. 3, S. 157 fg. und hat sich ebenso auch in späteren Lehrbüchern des Pandektenrechts durchgängig geltend gemacht. Selbst auch in den späteren Ausgaben des Mühlenbruch'schen Lehrbuchs ist deren Einfluß nicht zu verkennen, wenn man sie mit der zweiten Ausgabe seiner doctrina pandectarum vergleicht. Vgl. die vierte Ausgabe des deutschen Lehrbuchs §. 106. 108.

---

5.

## Zu L. 11. D. de periculo et commodo rei venditae. 18, 6.*

Alfenus Varus theilt uns hier die Anfrage eines Rechtsuchenden mit, also lautend: Si vendita insula combusta esset, cum incendio sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? worauf die Antwort ertheilt wurde: Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem etc. Man hat daran Anstoß genommen. Mit der Verbesserung der Stelle beschäftigt sich daher neuerdings Huschke in seiner schätzbaren kritischen Versuchen (in dieser Zeitschrift IV, S. 281. 282). „Wir lesen (so lautet sein Vorschlag): Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest? neque etc.", und übersetzt dies gleich nachher: „Warum kann eine Feuersbrunst nicht ohne Verschulden entstehen"? Darnach muß in jenen Worten ein Druckfehler enthalten sein; sie mußten lauten: Quare sine patrisfamilias culpa fieri non potest? Diese Verbesserung wäre aber gewaltsamer und diplomatisch weniger gerechtfertigt, als sie Huschke sonst sich zu erlauben pflegt. Meines Erachtens läßt sich die Stelle auch ohne Aenderung des Textes wohl erklären. Der Frager war von der Ansicht ausgegangen, daß eine Feuersbrunst nicht ohne Verschulden irgend einer Person entstehen könne. Darin hatte er Recht, sofern man von dem Falle einer offenbaren vis maior, wie Entzündung durch Blitzschlag, absieht; der Jurist gibt es ihm stillschweigend zu. Aber, sagt er, die Feuersbrunst kann sine *patrisfamilias* culpa entstehen, d. h. ohne Verschulden desjenigen, welcher in dem fraglichen Rechtsverhältnisse wegen seines Verschuldens verantwortlich sein würde. Weil dieß ist, so kann man auch nicht ohne weiteres sagen, derselbe sei in Schuld, wenn die Feuersbrunst durch Nachlässigkeit seiner Untergebenen entstanden

* Lehrbuch §. 86. Anm. 1.

ist. Die Worte: quia — — potest, bilden den Vordersatz, das Folgende den Nachsatz. Doch ist nicht zu läugnen, daß diese Gedankenverbindung etwas Auffallendes hat. Aber mit einer ganz leichten Aenderung läßt sich ein vollkommen befriedigender Text herstellen, der wesentlich denselben Gedanken aussprechen würde. Ich schlage vor zu lesen: Quid? (oder Quin?) sine patrisfamilias culpa fieri potest; neque s. s. n. f. e., continuo dominus in culpa erit *.

---

In dem Abdruck dieses Aufsatzes in der Zeitschrift ist das sehr wesentliche nicht nach den Worten „so kann man auch" ausgelassen. Vielleicht erklärt sich daraus, daß Herr Appellationsrath Ribling in Eisenach in derselben Zeitschrift IX, S. 278 fg. meine obige Erklärung für „sehr gezwungen und dem Zusammenhange der Proposition und Entscheidung zuwider", namentlich in logischer Beziehung für unzulässig zu erklären sich veranlaßt gefunden hat. Seine Erklärung stimmt sonst genau mit der meinigen überein, indem auch ich, wie er, in den Worten „quia . . . potest" den Vordersatz finde, und mit dem Worte „neque" den Nachsatz beginnen lasse. Der einzige Unterschied zwischen uns besteht nur darin, daß er das Wort patrisfamilias nicht unterstreicht. Die Textänderung (quin oder quid für quia) habe auch ich ausdrücklich für nicht nothwendig erklärt. Daß aber zu einer solchen wohl Anlaß gegeben ist, beweist nicht nur Huschke's Emendationsversuch, sondern neuestens auch wieder Mommsen's Ausgabe der Digesten I, S. 540, wo als Textänderung zu L. 11 cit. (dort als L. 12 bezeichnet) in der Note vorgeschlagen wird, die Worte „quam ob rem" zu streichen. Darnach würde noch das Folgende „si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare" in den mit quia beginnenden Vordersatz hineingezogen, als nähere Erklärung des „neque . . . continuo dominus in culpa erit", oder es könnte auch das „si venditor" etc. als ein zweiter selbständiger Vordersatz aufgefaßt werden und erst das „si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit" den Nachsatz bilden. Befriedigt dieß mehr? Jedenfalls ist es gewaltsamer als die Verwandlung eines a in d oder n und selbst des quia in quare.

* Aus der Gießener Zeitschr. f. Civilrecht und Proz. neue Folge VIII. 4. S. 101. fg. (1851).

---

6.

## Der Schalttag.*

Th. Mommsen hat in seiner Römischen Chronologie S. 242 fg. zu beweisen versucht, daß der Schalttag des Julianischen Kalenders nicht, wie man meistens annimmt, der 24., sondern vielmehr der 25. Februar, nach unserer Zählung der Monatstage im Schaltjahr, sei, und dazu hat bereits Bekker in diesem Jahrbuch III. S. 137 fg. seine volle Zustimmung erklärt, indem ihm ein Gegenbeweis kaum möglich scheint. Ich wage es gleichwohl, mich der Vertheidigung unserer Kalender, welche noch jetzt den 24. Februar als den Schalttag zu bezeichnen pflegen, anzunehmen, indem ich meinerseits bekennen muß, daß mir Mommsen den Beweis seiner Behauptung gar nicht erbracht zu haben scheint. Er stützt sich auf eine kürzlich aufgefundene Inschrift, in welcher der Tag einer Tempelweihe bezeichnet ist als „V. k. Mart. qui dies post bis VI. k. fuit", also der quintus dies ante kal. Mart., d. i. nach unserer Zählung der 26. Februar des Schaltjahrs, als der Tag post bissextum kal. Mart. erscheint. Dadurch würde allerdings unwiderleglich bewiesen sein, daß in dieser Inschrift der 25. Februar als Schalttag angenommen sei, wenn „bis VI. kal. Mart." mit dem dies intercalaris gleichbedeutend wäre. Dies kann aber nicht behauptet werden. Bissextum heißt vielmehr der Schalttag mit dem Tage, dem er angefügt ist, zusammen genommen, „id biduum, quod pro uno die habetur", also der 24. und 25. Febr. des Schaltjahrs. Dies geht hervor aus L. 98. pr. D. de V. S. Wenn es hier heißt:

> „quum bissextum kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus est"

so wird offenbar vorausgesetzt, daß der prior und posterior dies in dem bissextum begriffen sind. Der eine und der andere Tag war bissextus dies, der eine bissextus prior, der andere bissextus posterior. Wäre der eine oder andere ausschließlich unter bissextum oder bissextus dies verstanden, so wäre wohl einfach sextus und bissextus, nicht prior und posterior dies, zur Bezeichnung des Gegensatzes gebraucht worden. Das bissextum im Schaltjahr bildet somit einen Gegensatz gegen den sextus dies in einem gewöhnlichen Jahr; der letzte ist gemeint, wenn L. 98. cit. fortfährt: „et deinceps sextum (nach der Vulg. und Hal.

* Lehrbuch §. 88. Anm. 4.

*sexto)* kalendas eius natalis dies est". Weiter bestätigt wird dies durch den Schlußsatz der L. 98. pr. cit.

„Ideo quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet".

Auch hier erscheint der prior dies wieder als in dem bissextum begriffen, und unmöglich könnte sich vollends dann der Jurist so ausdrücken, wenn, wie Mommsen beweisen will, der 25. Februar des Schaltjahrs der posterior dies = bissextum wäre; denn alsdann wäre ja, quum bissextum kalendis est, der prior dies, d. i. der 24. Februar, bereits abgelaufen. Noch einleuchtender aber geht das Gesagte hervor aus L. 3. §. 3. D. de minor., welche sagt: „Proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre", also geradezu anerkennt, daß sowohl der priore als der posteriore die natus ein bissexto natus sei. Damit ist auch wohl zu vereinigen, was bei Macrob. Sat. I. 14. und Censorin. de die nat. cap. 20. zu lesen ist. Der erste sagt von Cäsar: „statuit, ut . . . unum intercalarent diem . . . idque bissextum censuit nominandum"; der andere: „instituit, ut . . . unus dies . . . intercalaretur, quod nunc bissextum vocatur". Wäre ihre Meinung gewesen, daß eben der dies intercalaris allein für sich bissextum genannt sei, so würde der erste wohl gesagt haben „eumque diem b. c. n.", der andere „qui n. b. v.", und dabei wäre dann immer noch das Neutrum: bissextum in der Stelle des Censorinus sehr auffallend; man sollte eher erwarten zu lesen: „qui nunc bissextus vocatur". Aber sie wollten gewiß nur sagen: „und das ist es, was bissextum genannt wird", nämlich die durch die Interkalation bewirkte Combination von 2 mal 24 Stunden, das „biduum, quod pro uno die habetur". Zwar ist dies keine ganz correkte Ausdrucksweise; aber es würde wohl auch bei einem sorgfältigen Schriftsteller nicht großen Anstoß erregen, wenn er schriebe: es wird einem Tag noch einer beigefügt, und das ist es, was man bissextum nennt.

Diesem nach sagt also die fragliche Inschrift keineswegs: der „V. k. Mart." sei der Tag nach dem dies intercalaris, sondern nur: er sei der Tag nach dem bissextum oder dem biduum, in welchem der Schalttag inbegriffen ist, ohne sich darüber auszusprechen, ob er unmittelbar auf den prior oder posterior dies folge; der Zusatz am Ende der Inschrift hat nur den Zweck anzudeuten, daß es ein Schaltmonat war, in welchem die Dedication statt fand, daß der Tag derselben nach unserer Zählung der 26., nicht, wie in einem gewöhnlichen Jahr, der 25. Februar war.

Wenn nun die Inschrift nicht beweist, was Mommsen durch dieselbe für authentisch entschieden hält, so ist durch sie auch die Kraft der Argumente für die „jetzt gangbare und von den besten Autoritäten gebilligte Annahme", daß der 24. Februar des Schaltjahrs der wahre Schalttag sei, nicht gebrochen oder geschwächt. Diese Argumente sind aber stärker, als der gelehrte Alterthumsforscher anerkennen will. Es ist unrichtig, wenn er als einzige Stütze jener Annahme die Einlegung des alten Schaltmonats nach den Terminalien (23. Febr.) hervorhebt, und nun, seitdem sich herausgestellt habe, daß derselbe bald nach dem 23. Febr., bald nach dem 24. (Regifugium) eingelegt worden sei, keinen Grund mehr sehen will, einen andern als den 25. Februar für den eingelegten Tag zu halten.

Sagten die Quellen blos: „posterior dies intercalatur non prior" (L. 98. pr. cit.), so ließe sich wohl die Einwendung machen, es sei gezwungen, die rückläufige Zählung des römischen Kalenders auf den prior und posterior dies der gemeinen Sprache zu übertragen, und demnach den 25. Februar für den prior, den 24. für den posterior dies zu erklären. Aber, wie schon Savigny Syst. IV. S. 457. besonders betont, Ulpian sagt in L. 3. §. 3. D. de minor. ausdrücklich: „posterior dies *kalendarum* intercalatur". Das kann nicht wohl etwas anderes heißen, als: der Schalttag ist derjenige von den beiden vereinigten Tagen, an welchen man nach der bei den Römern üblichen Weise von den Kalenden des März rückwärts zählend später kommt, der Tag, welcher, wenn nicht id biduum pro uno die haberetur und als bissextum ganz unter die Zahl 6 fiele, der dies septimus ante kalendas Martias sein würde, also der 24., nicht der 25. Februar, der auch dann immer sextus ante Kal. Mart., also nach dieser Zählungsweise prior dies wäre. Es beweist dies, daß wir es hier eben nicht mit der „gemeinen Sprache" zu thun haben, sondern mit gleichsam juridischer Kalendersprache.

Die beiden angeführten Pandektenstellen gewähren aber einen meines Erachtens entscheidenden Beweis für die Richtigkeit der gangbaren Ansicht auch noch durch folgende Combination. Die L. 3. §. 3. cit. enthält bekanntlich das einzige sichere Beispiel einer computatio temporis a momento ad momentum. Sie erklärt nämlich, daß Jemand als Minderjähriger Restitution auch noch wegen derjenigen Rechtsgeschäfte begehren könne, welche er an seinem Geburtstage selbst, in dessen Umfang der Endpunkt seines 25. Lebensjahrs fällt, jedoch noch vor der Stunde der Geburt vorgenommen habe; und bemerkt sodann, daß es darin auch keinen Unterschied mache, wenn Jemand im Schaltjahr

bissexto, sive priore sive posteriore die, geboren sei, da „id biduum pro uno die habetur", woraus sich von selbst ergibt, daß sein dies natalis im gewöhnlichen Jahr jedenfalls der 24. Febr. (VI. k. Mart.) und auf diesen also das Vorbemerkte anzuwenden ist. Die Stelle des Celsus, auf welche Ulpian in L. 3. §. 3. cit. Bezug nimmt, ist uns nun in L. 98. pr. cit. erhalten. Diese berührt aber auch die umgekehrte Frage, wann derjenige, welcher in einem gewöhnlichen Jahre am 24. Febr. geboren ist, im Schaltjahr seinen Geburtstag habe, und antwortet darauf: „quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet", und zwar deßwegen (ideo), weil, wie vorher bemerkt wird, „posterior dies intercalatur, non prior". Wenn nun der prior dies der 24. Febr. des Schaltjahrs wäre, so würde, was L. 3. §. 3. cit. bestimmt, auf diesen Tag anzuwenden sein; die Restitution könnte nur in Ansehung der noch an diesem Tage vor der Geburtsstunde geschlossenen Geschäfte statthaben, nicht mehr in Ansehung der erst am 25. Febr., dem posterior dies, vor derselben Stunde, vorgenommenen. Dies stände aber im Widerspruch einerseits mit der Natur der computatio a momento in momentum, andererseits mit dem Wesen des Schalttags. Jener gemäß soll Jemand als Minderjähriger gelten, bis seit der Stunde seiner Geburt 25 Jahre vollständig, bis auf den letzten Moment, abgelaufen sind. Das ist aber am 24. Febr. noch nicht der Fall, weil dann die in den letzten drei Jahren ausgelassenen, durch den Schalttag nachzuholenden Vierteltage noch an dem ganzen Zeitraum fehlen. Wenn der 24. und 25. Febr. für einen Tag genommen werden, so ist gar kein Grund abzusehen, warum die Geburtsstunde des ersten Tags entscheidend sein soll; denn darin, daß der folgende Tag der Schalttag ist, kann ein Grund dafür nicht erkannt werden, weil eben der Schalttag dazu dient, die abgelaufenen Jahresfristen zu vervollständigen. Klar und einfach dagegen stellt sich die Rechnung, wenn der 24. Februar der posterior dies ist, qui intercalatur. Dann bleibt dieser, als bloße Reassumtion der zur Vervollständigung der 25 Jahre nachzuholenden vier Vierteltage, in der Zählung außer Ansatz, oder, wie man will, er gehört noch ganz und gar in den Umfang der 25 Jahre, und erst der 25. Februar ist der Tag, in dessen Umfang der eigentliche Endpunkt dieses Zeitraums fällt, der sich durch die der Geburtsstunde entsprechende Stunde dieses Tages erst völlig abschließt; er ist der dies natalis, während dessen noch ante horam, qua natus est, minor 25 annis natu videtur, ut, si captus sit, restituatur. So ist auch die Schlußfolgerung des Celsus verständlich und einleuchtend: „sed posterior dies intercalatur, non prior; *ideo*,

quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet".

Was uns hiernach unsere juristischen Quellen lehren, wird nun noch so klar wie möglich bestätigt durch Macrob. Sat. I. cap. 13. 14. Er sagt zuerst bezüglich des alten mensis intercalaris: „Romani non confecto Februario, sed post vicesimum tertium diem eius interkalabant, Terminalibus scilicet jam peractis"; sodann in Beziehung auf den Julianischen Kalender: „statuit, ut . . . unum interkalarent diem, eo scilicet mense ac loco, quo etiam apud veteres interkalabatur, id est ante quinque ultimos Februarii mensis dies". Sollte sich auch erweisen lassen, daß das erste nicht ganz richtig oder etwa so zu interpretiren sei, daß jedenfalls nach dem 23., mitunter aber erst auch nach dem 24. Tag des Febr. interkalirt worden sei: das zweite ist, soviel den Schlußsatz betrifft, unangreifbar; es läßt sich weder als unrichtig verdächtigen, noch anders deuten, als daß der 24. Tag des Schaltmonats der Schalttag des Julianischen Kalenders sei. Denn Macrobius mußte wissen, welcher Tag zu seiner Zeit der Schalttag war; dieser war nun unzweifelhaft stets derselbe; und ante quinque ultimos Februarii dies kann auf keinen Fall der 25. Tag dieses Monats sein, als welcher im Schaltjahr doch nicht mehr als 29 Tage zählt. Der Tag nach dem 23. und vor den 5 letzten Tagen des Februar kann nur der 24. sein. Und damit stimmt nun auch Censorinus überein, indem er von Cäsar sagt: „instituit, ut peracto quadriennii circuitu, dies unus, *ubi mensis quondam solebat, post terminalia* interkalaretur", nachdem er vorher von der Zeit vor Cäsar bemerkt hatte: „in mense potissimum Februario, inter Terminalia et Regifugium (d. i. zwischen dem 23. und 24. Febr. eines gewöhnlichen Jahres) interkalatum est".

Das, sollte man meinen, sei unwiderleglich, unwiderleglich selbst durch eine abweichende Angabe in der von einem obskuren Afrikaner herrührenden Inschrift, wenn eine solche auch wirklich vorläge. Doch Mommsen macht ja noch einen andern Umstand geltend, wenn auch nur in zweiter Linie. Livius (43, 11.) erwähnt der Interkalation vom J. d. St. 584 mit dem Bemerken: „*tertio die* post terminalia kalendae intercalares fuerunt". Das kann nach unserem Sprachgebrauch heißen: „mit dem zweiten Tag nach den Terminalien, also dem Tag nach dem Regifugium, fing der Schaltmonat an". Dagegen vom J. 587 sagt derselbe Livius (45, 44.): „postridie terminalia intercalares fuerunt", also den Tag unmittelbar nach dem 23. Febr. begann der Schaltmonat. Darauf baut nun Mommsen folgendes System

der Interkalation für das vorcäsarische Jahr: Genügte die Einschaltung eines Monats von 22 Tagen, so begann man diesen nach dem 23. Febr. (a. d. VII. kal. Mart. des gemeinen Jahrs), d. i. nach den Terminalien; bedurfte es aber der Einschaltung von 23 Tagen, so schoben sich die kalendae intercalares um einen Tag weiter vor, nach dem 24. Febr. oder a. d. VI. kal. Mart. des gemeinen Jahrs, d. i. auf den Tag nach dem Regifugium; auf solche Weise belief sich der Schaltmonat mit Hinzufügung der ihm angehängten noch übrigen 5 oder 4 Tage des Februarmonats regelmäßig auf 29 Tage. Daraus soll denn weiter hervorgehen, daß die Angaben der Alten über den Zeitpunkt der Interkalation „post Terminalia“ von keiner Bedeutung seien für den Beweis, daß der Tag nach dem 23. Febr. der Julianische Schalttag sei. Mir scheint aber jene ganze Aufstellung an sich auf sehr schwachen Füßen zu stehen, und wenn sie auch richtig wäre, die Stärke der Argumente für den fraglichen Satz um nichts zu vermindern.

Es ist mehrfach bezeugt, daß vor Cäsar die Interkalation oft sehr unregelmäßig, ja willkürlich gehandhabt wurde. Daher kam der Umstand allein, daß nach Livius' Angabe einmal die kalendae intercalares auf den zweiten (oder dritten Tag) post Terminalia verschoben waren, unmöglich genügen, um es auch nur wahrscheinlich zu machen, geschweige denn zu beweisen, daß dieses gerade regelgemäß geschehen sei, nämlich der Regel gemäß, wonach abwechselnd einmal nach den Terminalien, das andere Mal nach dem Regifugium die Einschaltung erfolgt wäre, wie Mommsen S. 18 fg. ausführt. Aber Livius selbst widerlegt sogar das Bestehen einer solchen Regel, sobald einer solchen einzelnen Angabe nichtsdestoweniger so viel Beweiskraft beigelegt wird. Wenn nämlich nach Liv. 43, 11. im J. 584 nach dem Regifugium die Interkalation stattgefunden hatte, so müßte sie jener Regel gemäß im J. 586 nach den Terminalien eingetreten sein, und wiederum im J. 588 nach dem Regifugium. Statt dessen aber berichtet Livius (45, 44.), daß sie im J. 587 nach den Terminalien eingetreten sei. Also läge hier jedenfalls eine Unregelmäßigkeit der Interkalation, wenn nicht eine Unrichtigkeit in der Angabe vor. Dem stehen nun die ganz positiven Angaben des Varro, Censorinus und Macrobius über die wirkliche Regel der alten Interkalation gegenüber. Der erste (de L. L. 6, 13.) sagt von seiner Zeit: „et quum intercalatur, inferiores quinque dies duodecimo demuntur mense“, der duodecimus mensis aber war früher, wie er vorher sagt, der Februarius. Damit ist es unvereinbar, daß ein um das andere Mal bei der Interkalation nicht die letzten 5, sondern nur

die letzten 4 Tage vom Februar abgeschnitten worden seien, um so mehr unvereinbar, weil dann die vorhergehende Erklärung der Terminalia („quod is dies anni extremus constitutus“) noch wunderlicher wäre, als sie ohnehin schon erscheint. Censorinus ferner sagt, wie oben angeführt wurde: „in mense potissimum Februario inter Terminalia et Regifugium intercalatum est“. Darin ist allerdings bestimmt genug angedeutet, daß diese Regel der Einschaltung nicht immer beobachtet wurde, daß es nur das Gewöhnliche war, die Einschaltung im Februar, und zwar zwischen dem 23. und 24. Febr., vorzunehmen. Aber es kann nicht mit Mommsen S. 22 so gedeutet werden, daß „nur gewöhnlich, nämlich nur bei dem 377tägigen Schaltjahr, nach dem 23. Febr. eingeschaltet ward“. Das *potissimum* steht im Gegensatz gegen jede Abweichung von der Regel, und zwar zunächst gegen die, wenn nicht in mense Februario, dann auch gegen die, wenn zwar in diesem Monat, aber nicht inter Terminalia et Regifugium eingeschaltet ward. Es wäre in letzter Beziehung ein ganz ungeeignetes Wort, wenn der Verfasser der Meinung gewesen wäre, daß in jedem 378tägigen Schaltjahr, regelmäßig also in jedem vierten Jahre, die Einschaltung erst nach dem Regifugium stattgefunden habe. Eben so wenig kann das Zeugniß des Macrobius beseitigt werden, welcher die regelmäßige Einschaltung schlechthin post vigesimum et tertium diem Februarii setzt, und sofort hinzufügt, daß die reliqui Februarii dies, qui erant quinque, dem Interkalarmonat angehängt wurden. Wer sich so ausdrückt, kann nicht die Vorstellung gehabt haben, daß regelmäßig eben so oft erst post vigesimum et quartum diem Februarii interkalirt wurde und nur quatuor dies eius mensis als Anhängsel des Interkalarmonats übrig blieben.

Aber wenn auch eine so gewaltsam einschränkende Erklärung dieser Angaben zulässig wäre, so würde dadurch doch das Zeugniß der beiden letztgenannten Autoren, daß der Julianische Schalttag auf den 23. Febr. oder inter Terminalia et Regifugium fiel, wie schon oben dargethan wurde, nicht im Mindesten geschwächt werden: oder man müßte beide mit einem gerade entgegengesetzten Prädicat belegen, als demjenigen, welches Mommsen S. 18 dem einen der beiden, indem er selbst sich auf das Zeugniß des „sorgfältigen Censorinus“ stützt, beilegt.

Nach allem diesem halte ich dafür, daß Mommsen's Anfechtung die bisher herrschende Ansicht durchaus nicht erschüttert, schmeichle mir vielmehr, daß sie mittelbar, indem sie diese Entgegnung hervorgerufen, dieselbe noch mehr zu befestigen beigetragen habe. Vollkommen entsprechend dem Julianischen Kalender bezeichnet der Kirchenkalender seit undenklicher

Zeit den 24. Februar als den Schalttag, und ganz entsprechend der Bestimmung des dies natalis in L. 98. pr. cit. verlegt er das Fest des heil. Apostels Matthias, d. i. das Fest der Erinnerung an dessen zweite Geburt zu einem höhern Leben, auf den 25. Februar, wenn gleich darüber nach cap. 14. X. de V. S. im Mittelalter verschiedene Meinungen bestanden haben. *

---

Gegen den vorstehenden Aufsatz erschien in derselben Zeitschrift III. 14, S. 359—368, eine Gegenschrift von Th. Mommsen zur Vertheidigung seiner Meinung über den Schalttag. Mommsen sucht hier 1) zu beweisen, daß in der gemeinen Sprache des Lebens allerdings der Schalttag bisextum genannt worden sei. Er stützt sich dabei auf die oben angeführten Stellen des Censorinus und Macrobius und zudem auf die Bemerkung des Augustinus de trin. 4, 4. in den Worten „unum diem, quem necesse est intercalari excurso quadriennio, quod bisextum vocant". Hier ist nun zuzugeben, daß die Beweiskraft dieser Stellen nicht geschwächt wird durch das, was oben S. 43 gegen das Neutrum „idque" und „quod bisextum" gesagt ist, da es richtig ist, daß nach römischem Sprachgebrauch das neutrale bisextum das vorhergehende Pronomen anziehen konnte. Gleichwohl kann nicht zugegeben werden, daß dadurch die Beschränkung des Bisextum ausschließlich auf den Schalttag als herrschender Sprachgebrauch unwiderleglich bewiesen sei, und zwar darum nicht, weil durch eine unzweideutige Stelle Ulpian's, dessen Autorität in dieser Frage die der vorgenannten Schriftsteller überwiegt, unwiderleglich bewiesen wird, daß der Schalttag mit einem nächsten (vorhergehenden oder nachfolgenden?) Tage zusammen, der 24. und der 25. Februar des Schaltjahrs vereinigt, Bisextum genannt worden sind. Wenn Celsus in L. 98. D. de V. S. zweimal sich des Ausdrucks bedient: „Cum bissextum Kalendas est" **, so kann dieß buchstäblich richtig erklärt werden: „wenn man zweimal, an zwei aufeinanderfolgenden astronomischen Tagen, schreibt: a. d. VI. Kal. Mart. (ante diem sextum Kal. Mart.), und es ist nicht zu bezweifeln, daß das Wort bissextum oder bisextum eben daraus herzuleiten ist, wie es auch bei Lydus de mens. III. 4. 7. geschieht. Aber gerade nach dieser Herleitung des Substantivs bisextum wäre es höchst verwunderlich, wenn nun darunter

* Jahrbuch des gemeinen Rechts von Bekker und Muther III. 10. S. 286—294. (1859).

** So liest nämlich Mommsen a. a. O. S. 362., nicht Kalendis, das er wohl mit Recht „für falsch aufgelöste Abkürzung" hält, d. h. — entstanden aus unrichtiger Deutung der Abkürzung Kal. — In seiner Ausgabe der Digesten hat übrigens Mommsen nicht bis sextum, sondern bisextum, worauf das im Text Folgende nicht paßt.

nur ausschließlich der Schalttag verstanden würde, auch wenn man den 25. Februar für den Schalttag hält; denn an diesem Tage schreibt man wohl abermals (iterum), zum zweiten Mal, aber nicht zweimal: a. d. VI. Kal. Mart. Wenn nun Ulpian in L. 3. §. 3. cit. mit Bezugnahme auf Celsus unter Bissextum den Zeitraum von zwei Tagen (id biduum) versteht, von einem bissexto natus spricht, als einem an dem einen oder anderen Tage Geborenen, so ist es verwegen, dieß als erst von Ulpian erdacht, als „ulpianische Redeweise" gering zu achten. Ist denn zu glauben, daß Ulpian in seinem Commentar zum Edikt sich so ausgedrückt hätte, wenn nach dem gemeinen Sprachgebrauche seiner Zeit Bisextum ausschließlich den Schalttag bezeichnete? Mommsen betont es scharf, daß dieß Wort nur ein einziges Mal von einem gebildeten Schriftsteller in anderer Bedeutung gesetzt worden sei, als welche ihm im gemeinen Leben beigelegt zu werden pflegte. Celsus war im J. 129 n. Chr. Consul, Ulpian wurde 229 n. Chr. ermordet. In dieser Zwischenzeit haben ohne Zweifel Viele den Celsus gelesen und citirt und haben vermuthlich schon vor Ulpian Manche jenes Wort in demselben Sinn gebraucht wie dieser; daß uns gerade nur die einzige Stelle von Ulpian überliefert worden, das hat gar kein Gewicht. Aber es ist zudem ganz wahrscheinlich, daß Celsus selbst schon das Wort als Substantivum im selben Sinn gebraucht hat, und wer in L. 98. cit. bisextum schreibt, nimmt das stillschweigend an. Bestätigt wird nun diese Bedeutung von bisextum auch durch die Byzantiner, „deren Schultradition in einer solchen Frage doch auch ihr Gewicht hat". Es ist mir unbegreiflich, wie Mommsen S. 361 mit dieser Bemerkung die Basiliken II. 2, 95 zur Unterstützung seiner Meinung anführen mag. Sie sagen: *τὸ βίσεξτον μία ἡμέρα ἐστί*; das ist die Uebersetzung von „id biduum pro uno die habetur"; also das Bisextum ist ein biduum, der 24. und 25. Februar des Schaltjahrs, und damit stimmen auch Eustathius III. 3. und Harmenopulus append. III. §. 35. überein, welche von erstem und zweiten Tag *τοῦ βισέξτου* reden. Hiernach ist denn doch wohl ein Versuch, den Widerspruch von Censorinus und Macrobius gegen Ulpian durch eine etwas gezwungene Erklärung derselben zu beseitigen, etwas gnädiger aufzunehmen. Macrobius mit seinem „idque... bisextum censuit nominandum" ist ohnehin nicht schonendster Behandlung würdig; wird ihm doch Niemand glauben, daß Julius Cäsar es angeordnet habe, den Schalttag bisextum zu nennen. Erfreulich aber war mir, in diesem Kampfe gegen einen mächtigen Gegner einen Commilitonen in Vangerow zu finden, welcher (Pand. 7. Aufl. I. S. 344.) ausspricht, daß ihm die

von Mommsen für den nach dessen Ausspruch unwiderleglich erwiesenen Sprachgebrauch beigebrachten Zeugnisse „ganz und gar nicht schlagend erscheinen". Es fragt sich nun 2) ob Mommsen's Widerlegung der Meinung, daß unter dem posterior dies bissexti der 24. Februar des Schaltjahres zu verstehen, also dieser der Schalttag sei, als gelungen anzuerkennen sei? Hier stehen Censorinus und Macrobius nebst Varro auf unserer Seite und Mommsen selbst gibt jetzt zu, daß die Auslegung, durch welche er in der ersten Auflage seiner römischen Chronologie S. 22 den Censorinus von dem Vorwurf eines Irrthums zu befreien suchte, mit Recht mißbilligt sei. Es bleibt dabei, daß der alte Interkalarmonat nach dem Zeugniß jener drei Schriftsteller regelmäßig nach den Terminalien, d. i. dem 23. Februar, eingelegt wurde, und daß nach dem Zeugniß der beiden erstgenannten der Cäsarische Schalttag „ubi mensis quondam solebat, post Terminalia", „eo scilicet mense ac loco, quo etiam apud veteres interkalabatur, id est ante quinque ultimos Februarii mensis dies", eingelegt werden sollte. Es bleibt auch dabei, daß mit diesen Angaben unmöglich die Annahme zu vereinigen ist, der alte Interkalarmonat sei abwechselnd einmal nach dem 23. (post terminalia), einmal nach dem 24. (post regifugium) eingeschoben worden, und was Mommsen in Rücksicht auf die angeführten Stellen des Livius zur Rechtfertigung seiner Aufstellung vorbringt, gibt dieser durchaus nicht festere Füße. Aus den beiden Angaben des Livius auf eine feststehende Interkalationsformel zu schließen, wornach die Kalendae interkalares entweder postridie Terminalia oder tertio die post Terminalia eintraten, ist nur eine Hypothese, und wenn (S. 366 a. a. O.) gesagt wird, daß die Schaltung gelegentlich einen Tag nach dem oder den feststehenden Interkalationsabschnitten eingelegt worden, sei höchst unglaublich und ein solches Verfahren so unrömisch wie möglich, so ist das ein starker Ausdruck, der aber nichts beweist und nichts widerlegt, zumal wenn man vergleicht, was Sueton. in Julio Caes. cap. 40. Censorin. l. c. Macrob. I. 14. initio. Ammian. Marcell. XXVI. 1. von der interkalandi licentia der Pontifices berichten, wornach es gar nicht unglaublich ist, daß gelegentlich selbst wohl in einem anderen Monat als im Februar die Schaltung vorgenommen wurde, worauf auch Censorin's „in mense *potissimum* Februario" hindeutet. Ist hiernach dabei zu beharren, daß der Schalttag auf den 23. Februar folgt, so ist es nur durch Bezugnahme auf die römische Zählung der Monatstage zu erklären, daß nach Celsus und Ulpian doch posterior, nicht prior dies interkalatur. Daß uns dieses auffallend erscheint, ist natürlich.

Aber was Mommsen S. 364 fg. dagegen vorbringt, daß es römisch gewesen sei, ist gleichwohl von keinem Gewicht. Auffallend ist für uns auch die hergebrachte römische Art der Datirung: „a. d. VI. Kal.“, und würde wohl Jeder auch eine Unbill „an dem grünen Holz unserer Muttersprache“ darin finden, wenn Jemand, um den achten Tag vor Ostern zu bezeichnen, nach jenem Muster sagen wollte: „vor dem achten Tag zu Ostern“. „Der sechsletzte Tag der Römer — sextum Kalendas —“ sagt Mommsen, „ist keineswegs der sechste — sextus — des Monats“; hat das Jemand behauptet? Aber nach der römischen rückläufigen Zählung von den nächsten Kalenden den 25. Februar den erstsechsten, den 24. den zweitsechsten oder letztsechsten (nicht: sechsletzten) Tag ante Kalendas Martias zu nennen, das ist doch nicht so entsetzlich. Man denke sich, daß in einem römischen Kalender bei dem 25. Februar gesetzt war: „a. d. VI. Kal. Mart. 1“, bei dem 24.: „a. d. VI. Kal. Mart. 2“, so ist es doch wohl begreiflich, daß man den erstsechsten in dieser Kalenderrechnung prior, den zweitsechsten posterior dies nannte. Freilich, wer nun posterior dies schlechthin übersetzte „den früheren Tag“, der würde damit „eine sprachliche und logische Unmöglichkeit“ setzen; wer aber sagt: prior dies sei derjenige, an den man bei der rückläufigen Zählung als erstsechsten, posterior derjenige, an den man erst nach diesem als zweitsechsten kommt, mit dessen Logik ist es wohl noch nicht gar aus, und die Juristen, welche jenem Sprachgebrauch folgten, haben gewiß in dem Zusammenhang der Erörterung, der die kurzen Excerpte entnommen sind, einer solchen Verketzerung ihrer Logik sicher vorgebeugt. In L. 3. §. 3. cit. deutet das Wort Kalendarum allerdings darauf hin, daß posterior im Kalendersinn zu verstehen sei, da es sonst nicht nur überflüssig, sondern störend wäre, und es, wie jetzt Mommsen in seiner Digesten-Ausgabe vorschlägt, zu streichen, ist Willkür; will man aber, wie derselbe alternativ vorschlägt, vor Kalendarum einschieben *bissexti*, so ist dadurch die Beziehung auf die Kalenderzählung der Tage nicht ausgeschlossen.

Die Zulässigkeit der Erklärung des dies prior und posterior mit Rücksicht auf die rückläufige Zählung der Monatstage ist gut vertheidigt von Gröning, quaestiones et controversiae de die intercalari, Gœttingae 1843. pag. 14—22., und damit erklärt sich auch Vangerow a. a. O. ganz einverstanden, findet sie also ebenfalls durch Th. Mommsen's angeführte Gegenschrift gegen meinen obigen Aufsatz nicht widerlegt. Dagegen muß ich zugeben, daß ein Argument, welches ich oben S. 44 fg. als entscheidendes geltend gemacht habe, durch Mommsen's Bemerkung S. 364. Anm. 16. erheblich abgeschwächt wird. Daß man bei der sog.

Naturalcomputation (a momento ad momentum) nicht in haarscharfer mathematischer Rechnung die am Sonnenjahr fehlenden Vierteltage jeden Jahrs in Anschlag brachte, ist nicht zu bezweifeln; es würde ja damit die hora, qua quis natus est, unter Umständen verrückt, und somit wäre es nicht zu verwundern, wenn man auch die im Schaltjahr zu einem ganzen Tag angewachsenen vier Vierteltage außer Ansatz ließ. Es ist aber doch nicht plausibel, daß der in einem gemeinen Jahr am 24. Februar um 12 Uhr Mittags Geborene, dessen Volljährigkeit in ein Schaltjahr fiel, nun am 24. Februar dieses Jahres um Mittag als volljähriger angesehen worden sei, der von da an nicht mehr auf das beneficium i. i. restitutionis Anspruch habe, während doch in der That nach natürlicher Berechnung ihm noch ein ganzer Tag an 25 Lebensjahren fehlte; so würde es sich nehmlich verhalten, wenn der 25. Februar der Schalttag gewesen wäre; nach unserer Auslegung der L. 98. pr. cit. könnte jener noch wegen der bis Mittag des 25. Februar eingegangenen Geschäfte Restitution begehren. Was übrigens den anderen Fall betrifft, so scheint mir entschieden verfehlt, was Mommsen a. a. O. zuletzt bemerkt: wer am Schalttag (d. i. nach seiner Meinung am 25. Februar des Schaltjahres) geboren sei, der sei juristisch geboren in dem letzten Augenblicke des Vortages, d. i. des 24., könne also wegen jeder an seinem 26. Geburtstage vorgenommenen Handlung Restitution erhalten. Wer am 24. oder 25. Februar im Schaltjahr geboren ist, dessen Geburtstag ist nach L. 98. pr. cit. im gemeinen Jahr der 24. Februar, der hier ganz die Stelle jenes biduum des Schaltjahres einnimmt. Der bisher Minderjährige kann aber nach L. 3. §. 3. cit. nur wegen des an seinem 26. Geburtstage *ante horam qua natus est* Vorgenommenen Restitution erlangen; wer also am 24. oder 25. des Schaltjahres um 12 Mittags geboren ist, der vollendet im gemeinen Jahr am 24. Februar um 12 Uhr Mittags nach der Berechnung a momento ad momentum sein 25. Lebensjahr.

Schließlich muß ich aber noch auf ein neues Argument näher eingehen, welches Mommsen erst in der 2. Aufl. seiner Chronologie und darnach denn auch im Jahrb. a. a. O. S. 364 fg. geltend gemacht und welches ehrlich gestanden allein auf den ersten Blick mich stutzig gemacht hat. Im Februar des Schaltjahres 364 n. Chr. war der Kaiser Jovianus plötzlichen Todes gestorben, nach Eutropius X. 9. quarto decimo Kal. Martias, d. i. am 16. Februar. Zu dessen Nachfolger wurde durch einstimmigen Beschluß einer hohen Versammlung Valentinian ausersehen und aufgefordert sich in Nicäa, der Hauptstadt Bithyniens, einzufinden, um daselbst mit Zustimmung des aus dem Partherkriege heimgekehrten Heeres

auf den Thron erhoben zu werden. Valentinian, dort angekommen, vermied es aber noch einen Tag, öffentlich aufzutreten, aus Rücksicht auf eine alte Tradition, daß der Schalttag ein dies infaustus sei, und erst den folgenden Tag wurde er dann von den versammelten Truppen als Kaiser ausgerufen und legte die kaiserlichen Insignien an. Ammianus Marcellinus (XXVI. 1.) erzählt diesen Hergang in folgender Weise: „Qui cum venisset accitus..... nec videri die secundo nec prodire in medium voluit, bissextum vitans Februarii mensis tunc illucescens, quod aliquoties rei Romanae fuisse dignorat infaustum“, und (cap. 2. ibid.) „Elapso die parum apto ad inchoandas rerum magnitudines.... cumque ... tandem finita nocte lux advenisset ... progressus Valentinianus in campum permissusque tribunal ascendere.... rector pronuntiatur imperii“. Der Regierungsantritt Valentinian's nun, sagt Mommsen, fand erwiesener Maßen statt am 26. Februar. „Es kann nicht deutlicher gesagt werden, daß das bisextum nur ein Tag und dessen Sonnenaufgang der des 25. Februar war“. Allerdings: wenn es mit dem „erwiesener Maßen“, seine Richtigkeit hat. Das aber erlaube ich mir zu bezweifeln. Von dem Regierungsantritt Valentinian's I. erzählen Mehrere im Wesentlichen übereinstimmend; aber bezüglich des Tages desselben finden sich abweichende Angaben. Zosimus und Zonaras, auch Eunapius (fragm. de legation. Ausgabe von Wyttenbach I. S. 469.) geben ihn gar nicht an; der erste sagt nur, daß seit Jovian's Tode nicht viele Tage vergingen, an denen das Reich des Princeps entbehrte. Philostorgius aber (VIII. 8.) setzt den Regierungsantritt sogar erst nach Ablauf des 12. Tages seit Jovian's Tode. Ammian stimmt wohl zu der Annahme des 26. Februar, indem er sagt: „diebus decem nullus imperii tenuit gubernacula“; denn vom 16. bis einschließlich 25. Februar sind zehn Tage. Aber man kann auch, wenn dieser der Tag des Regierungsantritts war, denselben zu den zehn Tagen rechnen; denn als Valentinian den Purpur nahm, war mindestens schon $^1/_3$ des 25. Februar verflossen. Und — Sokrates Scholasticus (hist. eccles. IV. 1.), nachdem er den 17. Februar als Todestag des Jovian angegeben, erzählt ganz bestimmt, daß die Truppen zu Nicäa den Valentinian zum Kaiser ausgerufen haben am 25. Febr. (*τῇ πεμπτῇ καὶ εἴκοσι τοῦ αὔτου φεβρουαρίου*). Darnach kann man denn mit Recht sagen: da erwiesener Maßen Valentinian vermieden hat, am Schalttag es dazu kommen zu lassen, die Feierlichkeit aber am 25. Februar stattgefunden hat, so kann nicht deutlicher erhellen, daß der 25. Februar nicht der Schalttag war.

---

7.

## Ueber den utilis annus der Römer.*

Der Herausgeber der Themis hat in der neuen Folge dieser Zeitschrift[1] eine Abhandlung „über den Annus der actiones honorariae" gegeben, deren Resultate von den bisher herrschenden Vorstellungen so weit abweichen, daß es wohl der Mühe lohnt, dieselben einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen. Bisher hat man gewöhnlich angenommen, das Jahr, innerhalb dessen die prätorischen Klagen großentheils angestellt werden mußten, sei ein natürliches Jahr von 365 Tagen, und der utilis annus ein Zeitraum von 365 dies utiles. Elvers sucht aber darzuthun, daß der in dem prätorischen Edict oft vorkommende Ausdruck „intra annum actionem dabo"[2] und dgl. mit Rücksicht auf die Dauer der Gewalt des jedesmaligen Prätors zu erklären, also von dem laufenden bürgerlichen Jahre oder dem Jahre der gegenwärtigen Prätur zu verstehen sei. So nahe diese Beziehung auch lag, da die Institutionen[3] ausdrücklich für die Zeitbeschränkung prätorischer Klagen den Grund angeben:

„nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium":

so hat man doch dieselbe nicht anerkennen wollen, vielmehr dem Tribonian den Vorwurf gemacht, daß er einen unpassenden Erklärungsgrund in seinen Text habe einfließen lassen[4]. Von diesem Vorwurfe würden die Verfasser der Institutionen freizusprechen sein, wenn sich die Ergebnisse der angeführten Abhandlung haltbar erwiesen. Ob man aber den Hauptsatz derselben durch folgende Beweisführung begründet finden wird?

„So wenig wie die Anordnungen der iudicia, quae imperio continebantur, über das Jahr der Magistratur hinaus giltig bleiben konnten

* Lehrbuch der Pand. §. 90.

[1] Themis, Ztschr. für Doctrin und Praxis des R. Rechts. Neue Folge. 1. Bd. 1. Heft. Göttingen 1838. S. 127—184.

[2] Z. B. L. 1. D. de calumniat. 3. 6, L. 1. D. quae in fraud. cred. 42. 8., L. 1. D. de vi. 43. 16. u. a.; ebenso »in anno« z. B. in L. 1. D. quando de peculio. 15. 2. L. 1. D. de incendio. 47. 9.

[3] Pr. J. de perpetuis et temp. act. 4. 12. Vgl. Theophil. ad h. l. »quoniam et ipsum praetoris edictum intra annum olim valebat«.

[4] Schrader ad J. l. c. »Hanc rationem de suis addidit Tribonianus parum probabilem, cum nusquam proditum sit, has actiones ea tantum praetura, qua ortae erant, sed potius per annum integrum, qui in aliam plerumque praeturam extendebatur, vixisse«. Vgl. Bachov. ad h. l. und ad §. 7. J. de iure nat. — Vinnius ad pr. J. cit. dagegen bemerkt: »quae ratio si bona est, dicendum erat, praetorias actiones non plerumque sed semper anni spatio finiri; et credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas coepisse perpetuo competere, postquam non tam praetorem quam praeturam spectari placuit«.

(vgl. S. 125—129), so wenig vermochten in der Regel auch andre Festsetzungen der magistratus p. R. länger als bis zu den Kalenden des folgenden Jahres ihre Rechtskraft zu behaupten. Insbesondere galt dieß durchgehends von den aus der iurisdictio der magistratus allein entspringenden actiones, den actiones honorariae". — — — Diese „konnten an sich nur unter dem magistratus geltend gemacht werden, welcher in seinem Edict versprochen hatte: actionem dabo, iudicium dabo; da aus diesem Versprechen natürlich die Nachfolger in der Magistratur nicht verhaftet waren. Wenn es daher von den actiones honorariae heißt, daß sie gewöhnlich intra annum gegeben wurden, so kann dieß nicht heißen, innerhalb eines natürlichen Jahres von 365 Tagen vom Augenblicke der begründeten Klage an gerechnet, sondern nur innerhalb — — — des laufenden Amtsjahres der Magistrate". Daher der in den Institutionen angegebene Grund, welcher „durchaus nicht ausreichen würde, sobald intra annum ein natürliches Jahr von 365 Tagen — — — bezeichnen sollte; während er unter der gegebenen Voraussetzung Alles erklärt". (S. 130. 131.) So richtig der Schluß dieser Argumentation ist, daß nämlich der von Justinian angegebene Grund nach der bisherigen Erklärung des „intra annum" nicht ausreichen würde, so scheint doch jene im Uebrigen ganz verfehlt. Freilich konnte das Versprechen, welches ein Prätor gab, indem er in seinem Edict aussprach „actionem dabo", den Nachfolger in der Magistratur nicht binden, in sofern dieser, wie sein Vorgänger, ein selbständiges ius edicendi hatte. Aber dieses galt ja von jeder solchen Bestimmung des Edicts, wenn auch die Beschränkung „intra annum" nicht hinzugefügt war. Es verstand sich ja ganz von selbst, daß der edicirende Prätor nur während der Dauer seines Imperium eine Actio gewähren konnte, daß er also, wenn er versprach „actionem dabo", dabei nothwendig hinzudenken mußte „so lange ich Prätor bin". Eben weil sich dieses von selbst verstand, sollte man glauben, müsse der ausdrückliche Zusatz „intra annum" etwas Anderes bedeuten. Nun liegt es doch am nächsten, diesen annus von dem Zeitpunkt an zu rechnen, in welchem das die Klage begründende factische Verhältniß eingetreten war. Diesem steht auch die Beschränkung der prätorischen Gewalt auf die Dauer eines bürgerlichen Jahres nicht im Wege. Denn wenn gleich diese dem Prätor nicht gestattete, über das Amtsjahr hinaus seine Wirksamkeit zu erstrecken, so hinderte sie doch nicht, innerhalb desselben eine Klage zu geben auf Grund eines Verhältnisses, welches schon während des Amtsjahres des Vorgängers zur Existenz gekommen war. Nur davon aber kann Rede sein, wenn

man das Jahr von dem Augenblicke der begründeten Klage an rechnet; nicht ist die Rede von einem Hinauserstrecken der Wirksamkeit einer prätorischen Verfügung in das Amtsjahr des Nachfolgers, sondern nur von einem Zurückbeziehen auf das Amtsjahr des Vorgängers, und nur in sofern, als der Prätor einem schon in dieses gefallenen Ereigniß noch während seines Amtsjahres Folge zu geben verspricht, nicht weil er durch das Edict des Vorgängers gebunden wäre, sondern weil er selbst, so zu ediciren, recht findet. Man könnte etwa dagegen bemerken, es sei doch gegen das Recht, daß eine neue Bestimmung des Edicts sofort auf ein vergangenes Factum angewendet werde, und deßhalb sei denn anzunehmen, daß der Prätor, wo er intra annum eine Klage zugesagt, dieses doch nur auf solche Fälle bezogen habe, welche innerhalb dieses Jahres eintreten würden, und da nun der Prätor auch nur bis zu Ende dieses Jahres die Klage zusagen konnte, so würde man im Resultate doch mit demjenigen übereinstimmen, was Elvers für das Wahre hält. Allein dieß würde höchstens dann zutreffen, wenn das Edict eines Jahres eben eine ganz neue positive Bestimmung aufgestellt hätte, die auf vergangene Fälle anzuwenden, dem wahren Rechte in der That widerstreiten würde; es würde nicht passen, wenn die frühern Edicte schon gleiche Bestimmungen enthalten hatten; es würde ebenfalls nicht passen, wenn es sich nur von der Art und Weise handelte, verübtes noch bestehendes Unrecht aufzuheben, ob auch die früheren Edicte noch nicht dieselbe Bestimmung in gleicher Weise ausgesprochen hatten; und wir dürfen ja wohl annehmen, daß die Edicte meistentheils nicht so sehr neue Rechtsätze schufen, als vielmehr nur zur Anerkennung brachten, was ohnehin für Recht gehalten wurde, und übrigens vorzüglich aus der Billigkeit schöpften. Es würde aber auch der Prätor nicht gesagt haben „intra annum actionem dabo", sondern er würde vielmehr das intra annum in unmittelbare Beziehung zu dem Factum (und zwar dieses immer in futuro gedacht), welches die Klage begründen sollte, gebracht haben, wenn es darauf angekommen wäre, daß dieses Factum innerhalb des laufenden Amtsjahres erst eintrete; denn, wiederum bemerken wir's, daß dieser Prätor nur während seines Magistratus die Klage geben könne, das verstand sich ja von selbst. Mit unserer, d. i. der gewöhnlichen, Ansicht dagegen stimmt Inhalt und Ausdruck des prätorischen Edicts sehr wohl überein. Nehmen wir das erste beste Beispiel[5]:

Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit: de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post

[5] L. 1. D. de vi. 43. 16.

annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.

Hier wird das Factum, worauf das Judicium gegründet wird, schlechthin, ohne nähere Zeitbestimmung, als vergangenes bezeichnet, „deiecisti“, „deiecit“, „habuit“. Wenn der Prätor so sprach am ersten Tage seines Magistratus, so konnte dies den Worten nach vorerst sogar nur auf Fälle bezogen werden, die schon den verflossenen Jahren angehörten, und nur weil der Prätor durch sein Edict, diese viva vox iuris civilis, fortwährend, so lange sein Imperium dauerte, also sprach, konnte und mußte es auch auf Fälle, die erst während dieser Zeit eintraten, bezogen werden. Und wenn er nun sagte „intra annum iudicium dabo“: wer möchte dies so erklären, als hätte der Prätor gesagt „unde — — intra annum deieceris (oder bestimmter dejicies — — iudicium dabo“? und zwar mit Beziehung auf das erst beginnende Jahr seiner Prätur? Läßt man aber das „intra annum“ in seiner Verbindung mit „iudicium dabo“, so kann es auch nicht auf dieses Jahr bezogen werden, weil es so in der That nichts bedeutet haben würde.

Nun stelle man sich auch noch vor Augen, welche monstrose Gerechtigkeitspflege herauskommen würde, wenn man der von Elvers aufgestellten Ansicht beipflichten müßte. Wenn Jemand am 25. December in den Fall käme, daß ihm eine intra annum anzustellende Klage zustände, er müßte hastig dieselbe in den noch übrigen fünf Tagen des Jahres anbringen; der Prätor des folgenden Jahres nähme keine Rücksicht auf ihn, weil er nicht so glücklich gewesen, erst unter seiner Prätur, am 1. oder 2. Januar, verletzt zu werden. Und der Arme! wenn er nicht auch in den fünf Tagen den Prozeß zu Ende brachte, so fiel er ganz durch, weil das iudicium, quod imperio continebatur, mit dem Ende des Magistratjahres erlosch. Und wie, wenn Jemanden gerade am 31. December das Unglück traf?

Diesen so schweren sachlichen Bedenken gegenüber, ist es gewiß ein schwaches Argument, das aus L. 1. §. 3. D. quando de peculio (15. 2.) hergenommen wird. „Sufficiebat *usque ad annum* produci obligationem“ sagt Ulpian. Sollte dieses offenbar nicht so verstanden werden können: „es genüge, daß die Verbindlichkeit noch auf den Zeitraum eines Jahres hinaus erstreckt werde“? Sollte es wirklich den Worten besser entsprechen, „usque ad annum“ zu erklären „bis zum neuen Jahr“ oder „bis zum Jahreswechsel“? Ich kann's nicht finden, so wenig wie mir's in den Sinn will, daß die Römer eine actio annalis oder annua genannt haben sollten, die vielleicht nur einen Tag dauern konnte.

Eben so unbedeutend ist L. 15. §. 6. D. quod vi aut clam. 43. 24. für jene Ansicht. Die Worte „non excludi anno eum, sed reversum annum habere" geben gar nicht einmal einen einfacheren Sinn, wenn sie auf das bürgerliche Jahr der Magistratur, als wenn sie auf ein natürliches Jahr von 365 Tagen bezogen werden. Im Gegentheil, eben diese Stelle, in ihrem Zusammenhange aufgefaßt, ist mit des Verfassers Meinung nur auf die gezwungenste Weise zu vereinbaren, und es ist kaum begreiflich, wie derselbe auf diese Stelle aufmerksam sein und doch die Bemerkung stehen lassen konnte, keine einzige Stelle spreche für die Behauptung, daß unter dem annus ein natürlicher Zeitraum von 365 Tagen zu verstehen sei. L. 15. cit. §. 3. sagt: hoc interdictum (quod vi aut clam) post annum non competit. §. 4. Annus autem *cedere incipit*, ex quo id opus perfectum est aut fieri desiit. Wie könnte man sich so ausdrücken, wenn man sagen wollte, das Kalenderjahr, in dessen Laufe das Interdict anzustellen, sei dasjenige, in welchem das Werk vollendet worden? §. 6. Si quis reipublicae causa abfuisset, deinde reversus interdicto uti vellet: verius est, non excludi anno eum, sed reversum annum habere, nam si minor — — futurum, ut *ex quo rediit annus ei computetur*, non ex quo implevit 25. annum. Der Abwesende, das ist der Sinn dieses §., soll nicht durch Ablauf des Jahres ausgeschlossen werden, das nach §. 4. cedere coepit ex quo id opus perfectum est; sondern es soll ihm nach seiner Rückkehr noch ein ganzes Jahr zu Gebote stehen; es soll ihm das Jahr erst gerechnet werden von dem Zeitpunkt seiner Rückkehr an. Ich frage wieder: wie könnte man sich so ausdrücken, wenn man sagen wollte, es sei nicht das Kalenderjahr, in welchem das Werk fertig geworden, sondern dasjenige, in welchem der Abwesende zurückkehre, innerhalb dessen derselbe das Interdict anstellen müsse, um nicht excludirt zu werden? wie könnte man sagen annum habere von Demjenigen, der, etwa im December zurückgekehrt, noch vor Ablauf des Monats die Klage erheben müßte?

Hiernach kann ich das, was S. 132—134 der Themis über den annus litium nach Juvenal und Servius bemerkt wird, ganz auf sich beruhen lassen. Ich bin der Meinung, daß schon durch obige Bemerkungen die Grundlage der ganzen Abhandlung zerstört und so jedes weitere Ergebniß derselben, welches sich darauf stützt, widerlegt sei. Dennoch finde ich mich bewogen, der weiteren Ausführung (S. 135 bis 184) nachzugehen, weil ich für gut halte, zumal da heutzutage so manche neue Ansichten in unserer Wissenschaft auftauchen, den Irrthum alsbald in allen seinen Verzweigungen und Consequenzen zu verfolgen.

Man hätte denken sollen, der Verfasser würde am ersten das Irrige seines Hauptgedankens gewahr geworden sein, wenn er den Gegensatz von „post annum“ und „intra annum“ erwogen. Denn wahrlich, wenn der Prätor in so manchen Stellen des Edicts in einem Context sagte[6]: „intra annum oder in anno — — — post annum iudicium dabo“, so scheint es doch fast unmöglich „intra annum“ auf das bürgerliche Jahr der Prätur zu beziehen, da es gewiß ist, daß der Prätor für die spätere Zeit, post annum in diesem Sinn, eine Klage nicht mehr versprechen konnte. Dieß hat auch Elvers nicht verkannt. Aber so mächtig ist die Fessel, welche die einmal gefaßte Idee ihm geschlagen, daß er sich durch dieselbe zu folgender künstlichen Wendung verleiten läßt.

„Schon die Worte des Prätors“. sagt er, „post annum iudicium dabo“, beweisen, daß der Prätor, welcher ja nicht ein Judicium für die Zeit versprechen konnte, wo er nicht mehr das Imperium hatte, jene Bezeichnung nicht in Beziehung auf sich, sondern auf den Klagberechtigten gebraucht, daß er demnach, wenn er zunächst intra annum ein Judicium z. B. in quadruplum versprach, Denjenigen im Auge hatte, dessen Klagerecht erst während des laufenden Jahrs der Prätur begründet ward, oder wenigstens geltend gemacht werden konnte, hingegen, wenn er post annum ein Judicium in simplum gelobte, er Denjenigen meinte, welcher das eigentliche Klagejahr ungenutzt hatte vorübergehen lassen, dem jedoch nachträglich noch eine Klage auf einfachen Ersatz gestattet sein soll“.

In demselben Satze also sollte „intra annum“ bedeuten „innerhalb des gegenwärtigen (jetzt beginnenden) Prätur-Jahres“, „post annum“ dagegen „nach dem verflossenen Prätur-Jahre“. Ein sonderbarer Gegensatz! oder eigentlich gar keiner; denn post annum in diesem Sinn ist ja nothwendig auch intra annum in jenem Sinn, da der Prätor doch immer nur während seiner Prätur die Klage geben konnte. Nur dadurch, daß bei dem Satze „*intra* annum iudicium dabo“ hinzugedacht wird, es müsse auch die Entstehung des Klagrechts in dieses Jahr fallen, während bei dem Satze „post annum iudicium dabo“ nur an die Zeit der Anstellung der Klage gedacht wird, kann man einen Unterschied zwischen beiden Fällen herausfinden. Und doch ist in beiden Sätzen die Zeitbestimmung lediglich und ganz in gleicher Weise auf „iudicium dabo“ bezogen. Und gewiß ist es Willkür, dem annus in demselben Satze eine ganz verschiedene Beziehung zu geben, da doch offenbar nur in dem intra

[6] Z. B. L. I. cit L. I. D. de incendio. L. 4. D. vi bonor. rapt. 47. 8

und post der Gegensatz liegt. Ja, unmöglich muß jene Auffassung erscheinen, wenn man z. B. folgende Stelle des Edicts sich vorlegt[7]:

Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, *in eum* in anno — — — in duplum, post annum in simplum iudicium dabo.

Gegen denselben Verbrecher, und wegen desselben Verbrechens, soll intra annum in duplum, post annum in simplum Klage Statt finden[8]. Es ist klar, daß hier nur derselbe annus verstanden sein kann, und dann ist weiter klar, daß dieser nicht der annus der Prätur sein kann; es ist die Rede von einem Jahr, welches von einem bestimmten, und zwar in beiden Fällen demselben, Zeitpunkte an zu laufen beginnt, und sich also aus einem Kalenderjahr in ein anderes hinauserstrecken kann.

Mehr Schein möchte es haben, wenn S. 144, 145 das Jahr, innerhalb dessen die Ausübung einer Servitut Statt gefunden haben soll, damit das Interdict zum Schutze der Quasipossessio zuläßig sei, für das bürgerliche oder Kalenderjahr genommen wird. Dies könnte wohl richtig sein, wenn gleich die übrigen Behauptungen des Verfassers ungegründet wären. Wenn der Prätor z. B. sagte: quo itinere hoc anno usus es, oder uti hoc anno aquam duxisti, und ähnliches[9], so mag man wohl fragen: sollte hier nicht das laufende Kalenderjahr gemeint sein? so wie wir es zu verstehen pflegen, wenn wir schlechthin sagen „in diesem Jahr"? Doch aber kann man es nicht wahrscheinlich finden, daß dieses „hoc anno" anders zu verstehen sei, als das „intra annum" in andern Fällen, wenn man nur die Bemerkung Ulpian's liest: interdictum tibi competere *intra annum*, quia hoc anno — — — usus es[10]. Auch spricht hier ebenfalls wieder die Natur der Sache sehr dagegen, ja läßt es fast absurd erscheinen, daß „hoc anno" nur auf das laufende Jahr der Prätur zu beziehen sei. Welch' unvollkommener Schutz des Quasi-Besitzes dieser Rechte wäre es gewesen, wenn, wer ein derartiges Interdict erwirkte, nachweisen mußte, „daß er seit dem Anfang des laufenden Jahres der Prätur das fragliche Recht ausgeübt hatte, so daß ein derartiger Besitz im vorhergehenden (Kalender-)Jahr ihm nicht zu statten kam"! Alsdann wäre ja der Anfang einer neuen Prätur eine lustige Zeit gewesen für Diejenigen, welche die Ausübung von Servituten auf ihrem

[7] L. 4. cit.

[8] Bezeichnend ist hier auch der Ausdruck »quid factum esse *dicetur*«. Nur die Anstellung der Klage wird als Zukünftiges bezeichnet, das factum kann auch schon früherer Zeit angehören.

[9] L. 1. pr. L. 3. §. 11. D. de itin. 43. 19., L. 1. pr. D. de aqua. 43. 20., L. 1. pr. §. 6. D. de fonte. 43. 22.

[10] L. 3. pr. D. de itin. — Möchte wohl Jemand auch bei Ulp. XVI. 1. »intra annum« auf das bürgerliche Jahr beziehen, weil annus schlechtweg regelmäßig davon zu verstehen sei?

Grundstück nicht ferner gestatten wollten; sie brauchten nur durch ihr Verbot den Gegner in die Lage zu versetzen, daß er nicht anders als vi oder clam das Recht ausüben konnte [11], so waren sie gegen das Interdict gesichert, ob auch der Gegner vorher Jahre lang ohne Störung im Besitze des Rechts gewesen war. Der Servitutberechtigte mußte sich wohl vorsehen, daß er alsbald im Januar schon fleißig die schneebedeckten Pfade wandle, sonst war er nach Monaten noch des possessorischen Schutzes in dem neuen Jahr nicht sicher; denn er mußte ja hoc anno non minus quam triginta diebus die Weggerechtigkeit ausgeübt haben [12]. In der That läßt sich durch Aussprüche der Quellen selbst vollkommen beweisen, daß auch hier das Prätorische Edict und seine römischen Ausleger die Sache vernünftiger behandelten, als der neueste deutsche Ausleger sie auffaßt. Vor Allem bemerke man:

L. 1. §. 3. D. de itinere. *Annum ex die interdicti retrorsum computare debemus.*

Vorher in §. 2. sagt Ulpian: in ea conditione est ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est. — — — quia plerumque itineribus vel via non semper utimur [13] — — ita *annui temporis spatio conclusit usum.* Nun war die Frage, nach welchem Zeitpunkte denn dieses Jahr zu bestimmen sei? Ulpian bemerkt daher weiter: das Jahr muß man zurückrechnen ex die interdicti. Dieß kann unmöglich heißen: es kommt auf das Kalenderjahr an, in welchem das Interdict erwirkt wird. Mir ist es daher schwer begreiflich, was unser Verfasser eigentlich mit der Bemerkung S. 145. Anm. 28. sagen will: „Daß die Worte Ulpian's nur die Zeit bezeichnen sollen, innerhalb der man nec vi nec clam etc. besessen haben müsse, erhellt namentlich aus dem in L. 3. pr. von ihm Angeführten, wo es heißt, daß, wenn Jemand Anfangs recte besaß, später clam, tamen interdictum tibi competere *intra annum*, quia hoc anno non vi, non clam, non precario usus es.“ Wie ist dieß zu vereinigen mit dem S. 145 im Text Gesagten „mußte nachweisen, daß er seit dem Anfang des laufenden Jahrs der Prätur *nec vi nec clam nec precario* das fragliche Recht ausgeübt hatte“? Mir erhellt aus L. 3. pr. cit. nichts, als dieses: Es kommt nur darauf an, ob der Kläger im Zeitraum des letzten Jahres, welches ex die interdicti retrorsum computatur, sine

[11] Vgl. L. 1. §. 5. D. quod vi aut clam. 43. 24. Vi factum videri, quod quis contra, quam prohiberetur, fecit.

[12] L. 1. § 2. D. de itin.

[13] Es ist so eben bemerkt, wie nach Elvers Meinung der Berechtigte genöthigt würde, zur ungelegensten Zeit auf Ausübung der Weggerechtigkeit alljährlich bedacht sein zu müssen.

vitio die Servitut ausgeübt hat. Wenn er dann auch in der letzten Zeit dieses Jahres dieselbe nur vitiose ausgeübt hat, das schadet ihm nicht; er kann das Interdict noch gebrauchen intra annum, d. h. innerhalb des Zeitraumes von einem Jahre, in welchem er noch sine vitio die Servitut ausgeübt hatte, weil dann immer noch mit Recht behauptet wird, was das Edict verlangte, *hoc anno* non vi non clam non precario eum usum esse.

Eine andre Stelle, worin nach S. 145 ein Beweis liegen soll, daß in dem hoc anno das „nach dem Tage des Interdicts allerdings zu bestimmende bürgerliche Gerichtsjahr zu suchen", ist die über das interdictum de aqua aestiva. Es lautete: uti *priore aestate* aquam — — — duxisti etc.[14], und wenn dafür der Grund angegeben wird „nam, quia hieme non utitur, referre se non ad praesentem aestatem, sed ad priorem debuit", so könnte man denken: wie hier „hac aestate" im Gegensatz von „superiore aestate" (§. 36. ibid.) verstanden werde, sei auch „hoc anno" von dem laufenden bürgerlichen Jahr zu verstehen, um so mehr, da ja in das rückwärts berechnete natürliche Jahr auch noch der vergangene Sommer fallen könne. Aber der Grund der besondern Bestimmung für aqua aestiva liegt wohl darin, daß bei einer Gerechtsame, die nur im Sommer ausgeübt zu werden pflegt, erst zwei Sommer zusammen eigentlich das annui temporis spatium bilden, innerhalb dessen die Ausübung der Servitut zu erfordern ist; diese entsprechen aber einem ganzen natürlichen Jahr, und es wäre gar nicht entsprechend, wenn es nun bei der aqua quotidiana nur auf das zwischen bestimmten Zeitpunkten fixirte bürgerliche Jahr ankommen sollte, wobei es ganz zufällig sein würde, ob zur Zeit des Interdicts schon sechs oder acht Monate oder nur eben so viel Tage desselben verflossen wären, ob also der Zeitraum, innerhalb dessen die Ausübung stattgefunden haben müßte, länger oder kürzer, und selbst nur auf Tage beschränkt wäre. Freilich kommt im ersten Falle, wenn man nur die beiden Sommer rechnet, nicht leicht der Zeitraum eines ganzen natürlichen Jahres heraus; aber daß man nicht in das zweite Jahr zurückgehen und die Sommerzeiten selbst wieder theilen wollte, war gewiß ganz angemessen. Der Vortheil des interdictum de aqua aestiva lag darin, daß noch die Ausübung des Rechts, seit welcher mehr als ein natürliches Jahr verflossen war, dazu hinreichte[15], wenn sie nur innerhalb des letzten

[14] L. 1. §. 29. D. de aqua. vgl. L. 1. D. de rivis. 43. 21.

[15] Ohne Zweifel kann sonst, wer noch innerhalb des letzten Jahres das Recht ausgeübt hat, auch des interdictum de aqua quotidiana sich bedienen, welches ja nichts anders voraussetzt, als hoc anno eum duxisse. Vgl. L. 1. pr. §. 1—4. D. h. t. Doch sagt § 36. ibid.: qui hac aestate duxit, non superiore, *utile* interdictum habet.

Sommers geschehen war; und so konnte es der Fall sein, wie Ulpian l. c. §. 34. bemerkt, si aestate interdicatur, nonnunquam annum et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur. Sollte nicht Ulpian bei diesen Worten „annum et sex menses“ im Sinn gehabt haben „so viel weiter könne sich die Zeit dieses Interdicts erstrecken über ein Jahr hinaus, worauf die andern Interdicte beschränkt seyen“? Hiernach erklärt sich auch L. 1. §. 9. D. de rivis: „si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit“.

Sind uns bisher schon manche Ausdrücke vorgekommen, mit welchen sich die bestrittene Auslegung des „hoc anno“ nicht vereinigen läßt, so können noch mehrere Stellen angeführt werden, welche dieselbe nicht ohne Zwang gestatten, z. B. L. 1. §. 12. D. de itin. vgl. mit L. 1. §. 2. ibid.[16], L. 1. §. 21. D. de aqua quotid.[17], und schon der Umstand gibt ein Argument dagegen, daß von den unzähligen Stellen, in welchen sich der Ausdruck findet, keine einzige die geringste Andeutung enthält, daß man denselben auf das Jahr der Prätur bezogen habe, was sich doch gewiß ein- und andermal durch andre Ausdrücke verrathen haben würde. Und dieses negative Argument ist um so bedeutender, da z. B. auch in der lex Aquilia der Ausdruck „in eo anno“ vorkam, und dort ebenfalls nicht auf das Kalenderjahr, in welchem die Tödtung vorfiel, bezogen, sondern eben so gedeutet wurde auf ein natürliches Jahr vom Zeitpunkt der Tödtung rückwärts gerechnet[18], wie bei dem interdictum de itinere von dem Zeitpunkte des Interdicts[19].

So ist wohl auch diese Abweichung von den bisher herrschenden Ansichten, die quasi-possessorischen Interdicte betreffend, für immer

[16] »Si quis supradicto *tempore anni* — — usus sit«, »*anni temporis spatio* conclusit usum«.

[17] Quaesitum est, si quis *ante annum* aquam duxit, deinde *sequenti tempore*, hoc est *intra annum*, aqua influxerit.

[18] L. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. »quanti id *in eo anno* plurimi fuit. L. 21. §. 1. ibid. *Annus autem retrorsus computatur*, ex quo quis occisus est. — — — inde annum numerabimus, ex quo vulneratus est. Vgl. Gai. III. 214., §. 9. J. de lege Aquilia.

[19] L. 1. §. 3. D. de itin. *Annum ex die interdicti retrorsum computare debemus.* Ebenso sagt, in Beziehung auf das interdictum utrubi, Gai. IV. 162. *Annus autem retrorsus numeratur*, itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis prioribus V, et ego septem posterioribus, ego potior ero; woraus sich doch wahrlich nicht entnehmen läßt, was auch hier Elvers S. 145. 146. annimmt, daß in der Interdictsformel, wie sie L. 1. D. utrubi angibt, die Worte *huiusce anni* von dem gegenwärtigen bürgerlichen Jahre zu verstehen seien. Was hätte sich auch daraus wieder ergeben, wenn sich Jemand gleich zu Anfang Januars der Sache eines Andern bemächtigt hätte! Wahrlich, wenn die Alten von einem Gedränge der Prozesse zu Anfang des Jahrs reden, so hätte man nach unseres Verf. Ansichten vielleicht noch mehr von einem Gedränge von Gewaltthätigkeiten reden können, was denn einen annus litium in einem ganz andern Sinne, als in welchem Servius das Wort gebraucht, ergeben hätte.

abgewehrt. Beachten wir nun auch noch, was sich an das bisherige in Betreff der Theorie über utilis annus anschließt. Natürlich mußte diesem nach der Theorie unsres Verfassers ebenfalls eine andre Bedeutung beigelegt werden. Utilis annus ist der Themis das Gerichtsjahr, innerhalb dessen das Klagrecht, obwohl in einem andern Gerichtsjahr entstanden, zuerst ausgeübt werden konnte, quo primum experiundi potestas fuerit. Der Vortheil dieser Art der prätorischen Zeitbestimmung für die Klage soll nur darin bestehen, daß der Klagberechtigte noch in diesem Gerichtsjahr zur Klage zugelassen wird, obgleich das bürgerliche Jahr, in welchem das Klagrecht existent wurde, schon vergangen ist. Aber wenn dieses wirklich die Bedeutung desselben wäre, wie sonderbar wiederum hätte der Prätor sich ausgedrückt, indem er sagte: „intra annum *quo primum experiundi potestas erit* oder *fuerit*, actionem dabo". *Intra annum* soll überall in der Rede des edicirenden Prätors heißen „während dieses Jahres meiner Prätur", was sich freilich von selbst verstand. Da würde er aber doch wohl gesagt haben: „*si hoc anno* primum experiundi potestas fuerit actionem dabo". Der Ausdruck „annus quo etc." deutet nicht einen Zeitraum an, der schon ohnehin völlig bestimmt ist, in welchem nur noch etwas eintreten soll, sondern vielmehr einen Zeitraum, der eben durch das folgende „quo etc." erst bestimmt wird. Den augenscheinlichsten Beweis aber der Unhaltbarkeit jener Ansicht gibt noch L. 10. pr. D. quae in fraud. cred. 42. 8., wornach das Edict in Beziehung auf diese Klage sich ausdrückte: et si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas est. Dieß kann doch wahrlich nicht von dem laufenden Gerichtsjahr verstanden werden. Doch, da wir schon gesehen haben, daß das einfache „intra annum" nicht auf das laufende Gerichtsjahr zu beziehen ist, so versteht sich von selbst, daß demselben Ausdruck noch viel weniger in obiger Verbindung diese Deutung gegeben werden kann; er bezeichnet vielmehr ein Jahr, welches zu rechnen ist nach dem Zeitpunkte, quo primum experiundi potestas fuerit.

Eine andere Frage aber ist es, ob in denjenigen Fällen, in welchen die actio versprochen wird intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, dieses Jahr von dem bezeichneten Zeitpunkte an so zu rechnen sei, daß nur diejenigen Tage, quibus experiundi potestas est, in dasselbe eingerechnet werden, oder ob vielmehr von da an, eben so wie in andern Fällen von dem Zeitpunkte der Entstehung des Klagrechts an, ein natürliches Jahr als tempus continuum angenommen werden müsse? mit andern Worten, um uns des Sprachgebrauches der

Neuern zu bedienen, ob der annus utilis jener Klagen ein tempus utile ratione initii et cursus, oder nur utile ratione initii, continuum ratione cursus sei? Dieß führt uns auf die Bemerkungen der Themis, S. 147 fg., wo sie einen Fall bespricht, „der auf die gewöhnliche falsche Auffassung dieser ganzen Lehre bei den Neuern, den entschiedensten Einfluß gehabt hat", und den sie daher etwas genauer betrachten zu müssen glaubte, „und zwar in seinem Zusammenhange mit den dies utiles".

Es ist bekannt, daß bei der cretio vulgaris dem eingesetzten Erben in die Frist der förmlichen Antretung der Erbschaft nur diejenigen Tage eingerechnet wurden, quibus scierit potueritve [20]; es ist also kein Zweifel, daß hier die Cretionsfrist aus so vielen dies utiles bestand, als der Testator angegeben hatte. Eben so ist es auch bekannt und unbestreitbar, daß die gewöhnliche Agnitionsfrist der bonorum possessio aus hundert dies utiles bestand [21]. Bisher hat man aber, so viel ich weiß, allgemein angenommen, daß auch das Jahr, welches den Descendenten und Ascendenten des Erblassers zur Agnition der prätorischen Erbfolge vergönnt war, eben so berechnet werden müsse, so daß also 365 dies utiles das fragliche Jahr ausgemacht hätten. Man sieht wohl ein, daß dieses, wenn richtig, einen starken Zweifelsgrund, wo nicht eine völlige Widerlegung, gegen die von Elvers aufgestellte Ansicht über den annus utilis überhaupt, geben würde. Es ist daher nicht zu verwundern, daß dieser auch hier gegen die bisherige Auffassung anstreitet. Obwohl einräumend, daß die centum dies der Agnition für andre Erben utiles dies seien, behauptet er doch, das den Kindern und Aeltern gestattete Agnitions-Jahr sei nichts anderes, als das Gerichtsjahr, innerhalb dessen dieselben zuerst, ohne Hinderniß, die bonorum possessio hätten agnosciren können. Denn „zunächst wird nirgends behauptet, daß das fragliche Jahr hier aus 365 Tagen bestehe — — — was hier mit um so größerem Rechte erwartet werden dürfte, je auffallender es sein müßte, 365 durch einen Zeitraum von mehrern bürgerlichen und natürlichen Jahren vertheilte Tage ohneweiters noch als Ein Jahr bezeichnet zu sehen, und je weniger etwas Aehnliches sich im ganzen Gebiete des Römischen Rechts nachweisen läßt. Hiezu kommt, daß die Analogie der cretio vulgaris nur auf die centum dies, nicht aber auf den annus paßt, und keine Spur sich findet, daß jene cretio jemals auf 365 dies utiles ausgedehnt worden sei, was sich auch um so weniger erwarten

[20] Gai. II. 165. 171—172. 174. Ulp. XXII. 33. 34.
[21] L. 2. D. quis ordo in poss. serv. 38. 15.

läßt, als eine solche Zahl von dies utiles in keinerlei Zusammenhang mit der Römischen Gerichtsverfassung steht. — — — Unbegreiflich aber wäre es, wie die praktisch-tüchtigen Römer zu einer derartigen grundlosen und in ihren Wirkungen absurden Bestimmung hätten kommen sollen. Man denke sich, was es heißt, daß liberi und parentes vom Tage der erlangten Wissenschaft an noch 365 dies utiles, die leicht einen Zeitraum von 2 bis 3 Jahren umfassen, sich über die Annahme der bonorum possessio erklären konnten, welcher Zeitraum sich nicht selten in einen 4- bis 8jährigen erweitern müßte (nach L. 4. §. 1. D. quis ordo). Vollends müßte diese Freigebigkeit in der Agnitionsfrist der bonorum possessio höchst auffallend sein, da nicht nur durch die eben angeführte Bestimmung (L. 4. §. 1. cit.) schon so reichlich für die liberi und parentes gesorgt war, sondern die Römer auch sonst so sehr darauf Bedacht nahmen, die lange Ungewißheit — — — zu vermeiden[22]". — Freilich, wie es scheint, sehr erhebliche Argumente!

Allein der letzte Einwand verliert sein Gewicht, wenn man bedenkt, daß nach Civilrecht ja die Erben durch keinen Zeitablauf ipso iure von der Erbschaft ausgeschlossen wurden, daß es also nicht sehr auffallend sein konnte, wenn der Prätor bei seiner Erbfolge den am engsten verbundenen Verwandten auch etwas weiten Raum gestattete; wenn man ferner bedenkt, daß der indirect zwingende Antrieb zu baldiger Annahme der Erbschaft, welcher in der Gefahr der pro herede usucapio lag[23], auch bei der bonorum possessio wirkte, und daß auch die die Agnition verzögernden Kinder und Aeltern durch die Gläubiger schon vor Ablauf der Frist zu einer Erklärung über die Annahme oder Ablehnung der Erbschaft aufgefordert werden konnten[24]. Auch kann wenig in Betracht kommen, daß durch die Berufung einzelner Personen in mehreren Classen der prätorischen Erbfolgeordnung für diese ohnehin schon so reichlich gesorgt gewesen sei. Denn theils konnte dieß nicht bei allen Descendenten und Ascendenten vorkommen[25], theils war auch für diejenigen, welchen es

[22] Themis a. a. O. S. 151. 152.

[23] Gai. II. 52—58.

[24] L. 1. §. 12. D. de successorio edicto. 38. 9. Sane nonnumquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores quid sibi agendum essent. Si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.

[25] Es konnte in der Intestaterbfolge vorkommen in Ansehung der liberi, die ex edicto unde liberi und unde cognati, und wenn sie sui heredes waren, auch ex edicto unde legitimi bonorum possessionem agnosciren konnten; in Ansehung der Agnaten, die unde legitimi und unde cognati b. p. erlangen konnten; ferner bei dem parens manumissor, der ex edicto unde legitimi und unde cognati gerufen war, und nach dem SC. Tertullianum und Orphitianum auch bei der Mutter und den Kindern der Mutter, in denselben beiden Classen. L. 3. §. 11. D. de success. ed. Vgl. L. 4. §. 1. D. quis ordo. Diese letzte Stelle, welche Elvers allein anführt, spricht übrigens

zu Statten kommen konnte, doch die Möglichkeit der Agnition in einer folgenden Classe nach Umständen zweifelhaft, nach Umständen die Agnition weniger vortheilhaft [26], welches Antrieb geben mußte, schon die erste Delation zu benutzen. Es ist aber auch nicht an dem, daß 365 dies utiles so leicht einen zwei- oder dreifachen Zeitraum ausmachen konnten; da die bonorum possessio regelmäßig de plano ertheilt wurde, also auch an andern, als den Gerichts-Tagen [27], da ferner auch durch einen Stellvertreter bonorum possessio agnoscirt werden konnte [28], so wird der annus utilis, wenn man erst Kunde der Delation erhalten hatte, in der Regel nicht viel mehr als ein natürliches Jahr betragen haben, wenn nicht besondre Hinderungen eintraten, die in der That Berücksichtigung verdienten. Daß die 365 dies utiles im Zusammenhang mit der Gerichtsverfassung stehen, ist freilich nicht nachzuweisen; aber standen denn die centum dies in einem solchen Zusammenhange? Und was soll die Berufung auf die Analogie der cretio, da bei dieser die Frist keineswegs immer auf 100 Tage beschränkt war, sondern auch sowohl mehr als weniger betragen, ja so weit erstreckt werden konnte, daß der Prätor wohl dieselbe einzuschränken, d. h. auf Ansuchen Anderer nur einen Theil der testamentarischen Frist ad deliberandum zu gewähren sich veranlaßt fand? [29]

Verschwinden auf diese Weise die Bedenken gegen die gewöhnliche Deutung des den Kindern und Aeltern gestatteten Agnitions-Jahres, so treten Andre gegen die von Elvers gegebene Erklärung auf.

Zunächst dieses: Es sollte doch wohl eine Begünstigung der Aeltern und Kinder sein, daß ihnen ein Jahr, andern Erbfolgern nur hundert Tage zur Agnition der bonorum possessio vergönnt waren? [30] Aber

eigentlich nicht von der wiederkehrenden Berufung, wo Jemand ipse sibi succedit, sondern sagt nur, daß der Sohn wie der Vater ein Jahr zur Agnition habe, in welcher Eigenschaft auch er bonorum possessio agnosciren möge.

[26] Zweifelhaft, z. B. wenn ein emancipirter Sohn die b. p. unde liberi versäumte und Agnaten da waren, oder wenn Agnaten als legitimi versäumten, und nähere Cognaten da waren; weniger vortheilhaft, z. B. wenn emancipirte liberi als solche versäumten und andere Cognaten gleichen Grades vorhanden waren; im gleichen Falle, wenn Agnaten oder der parens manumissor oder die Mutter ex Scto Tertulliano nicht als legitimi agnoscirten. Vgl. L. 1. §. 10. D. unde cognati 38. 8. L. 1. §. 1. D, de gradib. 38. 10.

[27] L. 2. §. 1. D. quis ordo. Dies bonorum possessionis utiles esse palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit.

[28] L. 1. §. 7. L. 7. pr. L. 16. D. de bon. poss. 37. 1. Vgl. L. 1. D. de div. temp. »neque mandare possit.«

[29] Gai. II. 170. tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus iure civili aut longius aut brevius tempus dari; longius tamen interdum praetor coartat.

[30] L. 1. §. 12. D. de successorio edicto. *Largius tempus* parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, *in honorem sanguinis videlicet;* quia *artandi non erant* qui paene ad propria bona veniunt, ideoque placuit eis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem neque bona diu iacerent.

welche Begünstigung! Wenn sie „unter dem Prätor die bonorum possessio wirklich nachsuchen oder agnosciren mußten, unter welchem sie zuerst dazu im Stande waren", und nun zufällig in den letzten Monaten des bürgerlichen Jahres zuerst dazu im Stande waren, so konnte es der Fall sein, daß ihnen nur wenige Tage zu Gebote standen, während andre zugleich mit ihnen berufene Personen [31] geruhig noch ihre hundert dies utiles abwarten konnten. Ja, wenn die dies utiles leicht den zwei- oder dreifachen natürlichen Zeitraum ausfüllen konnten, wie S. 152. bemerkt, so gewährte jene Zeitbestimmung den Kindern und Aeltern nur dann einigen Vortheil, wenn sie schon in den ersten Monaten des bürgerlichen Jahres zu agnosciren im Stande gewesen, setzte sie aber in Nachtheil gegen andre Erben, wenn dieß erst in der zweiten Hälfte des Jahres der Fall war.

Und nun die Hauptfrage: was sagen die Quellen? Mit Mühe nur hat ihren Aussprüchen der Schein gegeben werden können, als gestatteten sie wohl jene Deutung des utilis annus der bonorum possessio. Schon der Ausdruck *annuum* spatium [32] verträgt sich nicht wohl damit; eher *anni* spatium [33], obwohl es einem auch dabei sehr geläufig sein muß, unter annus immer das bürgerliche Jahr zu verstehen, um den Ausdruck so zu erklären. Entgegen steht auch, daß „intra annum" und „intra diem centesimum", oder „intra dies centum" ohne andre Andeutung in Gegensatz gestellt werden [34], wo doch die letzten zu dem bürgerlichen Jahr in keiner Beziehung stehen. Und besonders bedeutend ist dieser Gegensatz bei Ulpian [35], indem er sagt:

> bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt, ceteris intra centum dies.

Offenbar ist hier am Ende wieder hinzuzudenken: ex quo petere potuerunt. Es ist im einen Fall ein Jahr gegeben, im andern 100 Tage; in beiden Fällen von dem Zeitpunkte an zu rechnen, als zuerst agnoscirt werden konnte. Wie kann man nun das erste verstehen „innerhalb des Kalenderjahres, in welchem sie zuerst agnosciren konnten"? Dann hätte Ulpian wenigstens sagen sollen „intra annum, *quo* [36] *primum* petere potuerunt", nicht „*ex quo*".

[31] Z. B. Geschwister neben Großältern und Enkeln, Oheim und Tante neben Urgroßältern und Urenkeln, in der Classe der Cognaten; eben so fremde zu Erben eingesetzte Personen neben gleichfalls eingesetzten Aeltern oder Kindern, bei der bonorum possessio secundum tabulas.

[32] Z. B. in L. 4. D. quis ordo. Filius . . . pater . . . annuum spatium habet.

[33] §. 4. in fine J. de bon. poss.

[34] L. 1. §. 13. D. de succ. edicto. §. 4. J. cit.

[35] Ulp. fragm. XXVIII 10.

[36] Dieß wäre hier, als Ausspruch Ulpian's, eher zuzulassen, als oben in der Rede des Prätors: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit.

Endlich, die Quellen sagen ja ausdrücklich, die Agnitionsfrist werde nach dies utiles gerechnet, ohne davon die Frist für Aeltern und Kinder auszunehmen

> Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum, quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.[37]

Zwar glaubt Elvers hier die nähere Erklärung „ita, ut singuli etc." bloß auf die centum dies, nicht auf annuum spatium, beziehen zu können, obwohl auch dieses nach seinem Begriff utile tempus gewesen sei. Allein es heißt ja schlechthin, die Agnitionsfrist sei utile tempus, wobei doch gewiß die wichtigsten und zahlreichsten Fälle der bonorum possessio, die der Kinder und Aeltern, nicht ausgeschlossen sein sollten; und nun wird dieses utile tempus, welches bei den bonorum possessiones überhaupt stattfinde, näher so erklärt, ut singuli dies in eo utiles sint; wie soll dieses nun doch auf eine sehr bedeutende und zahlreiche Classe von bonorum possessiones nicht bezogen werden? Zudem beachte man, was Ulpian weiter hinzusetzt, um zu erklären, was es zu bedeuten habe, daß die Frist nach dies utiles berechnet werde:

> Fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.

Sollten denn Kinder und Aeltern die Zeit solcher Hindernisse nicht ausscheiden? sollten sie, wenn sie etwa im Januar zuerst Kunde von der Delation erhielten, über einen bald nachher gefaßten Irrthum im December aufgeklärt wurden, nur noch während des kurzen Restes dieses Jahres bonorum possessio agnosciren können? Und nun vergleiche man auch noch §. 4—6. J. de bon. poss.

> — — *petendae bonorum possessioni* certum tempus praefinivit. *Liberis et parentibus anni spatium*, ceteris centum dierum dedit. Et si *intra hoc tempus* aliquis — — non petierit — — — — — ceteri admittuntur. *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

[37] L. 2. pr. D. quis ordo. 38. 15.

Nach allem diesem wird, wie ich denke, der aufmerksame Leser vollkommen überzeugt sein, sollte er vorher auch Zweifel dagegen gehegt haben, daß das Agnitionsjahr der Kinder und Aeltern allerdings, wie man bisher angenommen, ein aus 365 dies utiles bestehender Zeitraum sei. Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß auch der utilis annus der prätorischen Klagen ebenfalls nach dies utiles zu berechnen sei. Meistentheils wird dieser utilis annus der Klagen nur bezeichnet durch den Zusatz: quo (primum) experiundi potestas fuerit oder erit.[38] Dieß kann man den Worten nach füglich erklären, ja es scheint wörtlich nur dieses zu bedeuten: innerhalb eines Jahres, seitdem (oder: innerhalb des Jahres, in welchem) zuerst die Klage angestellt werden konnte. Es wird auch nirgendwo, so viel ich weiß, bei keiner der Klagen, welchen eine solche Zeitfrist gesetzt ist, ausdrücklich anders erklärt. Man könnte vielmehr durch die oben berührte L. 2. D. quis ordo. (38. 15.) in jener Auffassung noch bestärkt werden. Denn wenn hier gesagt ist: utile tempus est bonorum possessionum admittendarum, und dann hinzugefügt wird: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, so scheint darin eine Andeutung zu liegen, daß nicht überall, wo ein tempus utile gewährt ist, dieses so zu verstehen sei, ut singuli dies in eo utiles sint, und da liegt es denn sehr nahe, hierbei eben an den annus utilis für prätorische Klagen zu denken. Dennoch halte ich auch hier an der herrschenden Meinung fest. Sie stützt sich vorzüglich auf L. 1. D. de div. temp. (44. 3.)

> Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi, neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. — — — Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit.

Die Stelle bezieht sich nur auf Anstellung von Klagen. Wenn nicht schon der Ausdruck experiri allein[39], so beweiset es doch der ganze Inhalt der Stelle. Es ist daher unrichtig, wenn Elvers S. 156. bemerkt, daß die Schlußworte vorzüglich „auf die dies utiles im engern Sinn", wie er sie nennt, „die singuli berechnet wurden, wie bei der Agnition

[38] Z. B. in L. 1. D. quando de peculio. 15. 2. L. 1. pr. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 1. pr. D. uti possidetis. 43. 17. L. 4 D. vi bon rapt. 47. 8.

[39] Wo von der Agnition der bonorum possessio die Rede ist, kommt dieser Ausdruck nicht vor.

der bonorum possessio, zu gehen scheinen". Auf die bonorum possessio können sie schon deßhalb nicht füglich bezogen werden, weil es bei Agnition derselben regelmäßig auf die dies, quibus ius praetor reddit, gar nicht ankam [40], abgesehen davon, daß der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden diese Beziehung, zumal „vorzüglich", offenbar nicht zuläßt. Betrifft nun unser Fragment nicht nur vorzüglich, sondern ausschließlich die Anstellung von Klagen, so ist es von entscheidender Bedeutung für unsre Frage, daß sie doch von *dies* utiles spricht. Zwar tritt uns hier wieder die Bemerkung in den Weg, daß Ulpian hier „offenbar *Dies* im weitern Sinne für Zeitfristen überhaupt" gebrauche. Es ist aber vielmehr dieses offenbar eine eben so gezwungene als willkürliche und sprachwidrige Verdrehung. Denn wo findet sich dies utilis für tempus utile? und gar dies utiles für tempora utilia? Es ist unerhört, daß unter den Begriff von dies utilis, dies im weitern Sinne für Zeitfrist überhaupt genommen, der annus utilis subsumirt werde. Dies wird überhaupt nicht in dem Sinne gleichbedeutend mit Zeitfrist gebraucht, daß man darunter einen Zeitraum von Tagen, Monaten, Jahren, verstände, innerhalb dessen etwas geschehen soll, sondern, wo das Wort überhaupt eine Zeitbestimmung, z. B. bei einem Vertrage, bei einem Vermächtniß, andeutet, da bezeichnet es immer eigentlich den Tag, an dem eine rechtliche Wirkung eintreten soll [41]. In unsrer Stelle, es ist klar, wollte Ulpian das Wesen der utiles dies in dem gewöhnlichen Sinne, und zwar in Beziehung auf Anstellung von Klagen erklären, und, da nun diese meistens bezeichnet wurden durch den Ausdruck „quibus experiundi potestas est, so erklärt er sofort die Bedeutung dieses Ausdruckes. Nach dieser Erklärung ist nun aber ferner auch klar, daß hier nicht bloß die Rede ist von Bestimmung des Anfangs einer Zeitfrist, welche dann continuo fortlaufe, daß vielmehr während der ganzen Zeitfrist nur die dies utiles in Anschlag kommen. Deutlich erhellt dieses aus den Schlußworten „hi dies cedunt etc.", d. i. „die einzelnen Tage sind dem Klagberechtigten anzurechnen, an welchen der Prätor zu Gericht sitzt".

Hiermit stimmt es nun auch wohl überein, wenn bisweilen der

[40] L. 2. §. 1. D. quis ordo. vgl. S. 19. Anm. 2.

[41] »Ex die incipit obligatio.« L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. »In *diem*, cum adiecto die, *quo pecunia solvatur*, stipulatio fit. §. 2. J. d. V. O. 3. 15. vgl. L. 41. 46. pr. 47. D. de V. O. So auch confertur in diem obligatio in L. 44. §. 1. cit., d. h. bis zu einem bestimmten Tage, der freilich immer der Endpunkt einer Zeitfrist ist. So auch ist der Ausdruck in diem addictio aufzufassen. Res alicui in diem addicta est — L. 2. pr. D. in diem add. —, d. h. es ist ihm die Sache auf einen bestimmten Tag unwiderruflich zugesagt, wenn nicht vor diesem Tage, also natürlich innerhalb der Zeitfrist, welche dieser Tag schließt, bessere Kaufbedingungen geboten sind. L. 1. D. l. c.

Anfangspunkt des annus utilis nach einem bestimmten Ereigniß bezeichnet wird, z. B. in L. 6. §. 14. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, *ex die factae venditionis.*

Vgl. L. 10. §. 18. ibid.

Annus huius in factum actionis computabitur *ex die factae venditionis.*

Dieß heißt nämlich: vom Zeitpunkte des Verkaufes an ist jeder utilis dies, jeder dies, quo experiundi potestas erat, in das Jahr einzurechnen. Hätte gesagt werden sollen, von der Zeit an, da zuerst geklagt werden könne, sei ein natürliches Jahr zu rechnen, so möchte sich der Jurist wohl eher so ausgedrückt haben: ex die, quo primum experiundi erat, post factam venditionem.

Ebenfalls stimmt damit überein L. 6. D. de calumniat. (3. 6.), auf welche man sich mit Recht zu berufen pflegt, obwohl sie für sich allein die Frage nicht entscheiden würde.

Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius, ex quo cognovit datam esse; quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere, et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.

Endlich dient auch noch zur Unterstützung der obigen Erklärung der Umstand, daß den aedilitischen Klagen bald annus utilis, bald sex menses utiles, bald sexaginta dies utiles als Frist gesetzt sind [42], wo es denn doch unzulässig ist, bei der einen anders wie bei der andern zu rechnen, und gewiß auch gewagt, die sexaginta dies utiles nicht, wie sie sonst erklärt werden, als singulos dies utiles aufzufassen. [43]

So glaube ich denn die bisher geltenden Ansichten nach allen Seiten gegen jene Neuerungen gesichert zu haben, vielleicht ausführlicher als nöthig; denn schon lange begleitet mich das Gefühl, daß es eine unnütze Arbeit erscheinen möge, sich mit weiterer Widerlegung von Meinungen zu befassen, deren Unhaltbarkeit längst klar geworden. Um so mehr überhebe ich mich gerne einer nähern Beleuchtung der übrigen Ausführungen der Themis, die sich doch durchgängig auf das Vorhergehende

[42] L. 19. §. 6. L. 31. §. 22. L. 38. pr. L. 55. D. de aedilitio edicto. 21. 1.

[43] So Elvers a. a. O. S. 181. 182. Anm. 76.

stützen, und insbesondere lasse ich auf sich beruhen, was S. 174 fgg. über das tempus utile der aedilitischen Klagen Neues und Eigenthümliches vorgebracht wird, erfinderisch genug, doch so unhaltbar, wie klug erdacht.

Auch demjenigen kann ich meinen Beifall nicht schenken, was S. 157 fgg. über die exceptio annua bemerkt wird, obgleich dieses wohl auch ohne des Verfassers Ansicht über utilis annus bestehen könnte. Gewiß ist unrichtig die Annahme, daß nach bloßem Ablauf eines Jahres ab actione nata die exceptio annua entgegengestanden habe, dagegen dann der Kläger, wo ihm utilis annus gegeben war, die iusta causa der Verzögerung *replicando* hätte geltend machen müssen. Vielmehr, wenn dem Kläger utilis annus zu Gebote gestanden, so konnte ihm auch die exceptio annua erst entgegenstehen, nachdem der utilis annus versäumt war, und eben die Schwierigkeit der Ermittlung dieses Umstandes gab wohl am häufigsten Anlaß zu einer exceptio im formellen Sinn, wodurch dem Judex die Untersuchung darüber aufgetragen wurde, während sonst diese Frage leicht schon in iure erledigt werden konnte. Daß den Minderjährigen erst von erreichter Volljährigkeit an der utilis annus gerechnet wurde, obgleich sie doch allerdings schon vorher experiundi potestatem haben konnten, beruht blos auf der allgemeinen Restitution derselben, wie dieses sehr bestimmt angedeutet ist in L. 19. D. de minor.

> Interdum tamen successori plus quam annum dabimus — — si forte aetas ipsius subveniat. Nam post annum vicesimum quintum habebit legitimum tempus[44]: *hoc enim ipso deceptus*

[44] Die Ausdrücke »legitimum tempus« oder »tempus statutum«, eben so in L. 20. ibid. »tempus in integrum restitutionis statutum«, sind gewiß von den Justinianischen Compilatoren eingeschwärzt worden, mit Rücksicht auf Justinian's Verordnung über die Verwandlung des annus utilis der Restitutionen in ein quadriennium continuum. Die ältern Juristen haben die prätorische Restitutionszeit sicher nie legitimum tempus genannt. Ueberhaupt ist zu bemerken, daß in den Pandekten nur selten von dem Restitutions-Jahr die Rede ist; ein Umstand, der wohl auch einigermaßen der weiteren Auslegung der L. 7. Cod. de temp. in int. rest. 2. 53. (Burchardi, Wiedereinsetzung in den v. St. S. 509 fgg.) zur Unterstützung dienen mag. An dem »*plus* quam annum« in L. 19. cit. nahmen die Compilatoren keinen Anstoß. In L. 1. D, ex quibus causis maj. ließen sie im Context der Edictsworte das intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, stehen, nahmen aber keine Erklärung darüber auf, vgl. L. 26. §. 6—9. ibid., obwohl gelegentlich noch der annus vorkommt, wie in L. 28. §. 3. 4. ibid. In L. 14. §. 2. D. quod metus c. ist von dem utilis annus der actio quod metus die Rede, aber auf diese Restitutionsklage, wie die actio de dolo und de alienatione iudicii mutandi causa (L. 6. D. h. t.), hat sich auch Justinian's Constitution gewiß nicht bezogen. (Burchardi a. a. O. S. 513.) Beiläufig bemerke ich noch: wenn Burchardi S. 514. Justinian's quadriennium auch auf die restitutio propter capitis deminutionem bezogen haben will, so kann ich dem unmöglich beistimmen. Justinian wollte ja nur supervacuam differentiam *utilis anni* in integrum restitutionis a republica separare; in Betreff jener Restitution galt aber kein utilis annus, und sagen die Pandekten »hoc iudicium perpetuum est«. L. 2. § 5. D. h. t. Auch wäre es dem Geiste des spätern Römischen Rechts ganz zuwider gewesen, so der capitis deminutio eine größere Bedeutung beizulegen, als sie früher gehabt hatte.

*videtur, quod, cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit.*

Und eben so verhielt es sich in Rücksicht andrer Restitutionsgründe, von denen übrigens deßwegen, weil Justinian sie legitimae causae nennt, quae veteribus legibus enumeratae sunt, noch nicht anzunehmen ist, daß sie „durch *Leges* näher bestimmt gewesen"[45]. Die Zeit der Abwesenheit reipublicae causa z. B. wurde vorerst ganz in Abzug gebracht, und erst von der Rückkehr an trat die Berechnung des Jahres, nach dies utiles, ein: reversum annum habere[46]; die exceptio annua war also erst begründet, wenn, von da an gerechnet, der annus utilis abgelaufen war. Die S. 161 berührte L. 5. Cod. quibus ex causis maiores in int. rest. (2. 54.):

> Si ab hostibus cum patre ac matre captus, postea his ibi defunctis, legis Corneliae beneficio reversus successiones eorum quaesisti, exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuae (quae huic obiici solet) obiectu, res vindicare non prohiberis:

erkläre ich auf folgende Weise: Der Sohn, der mit den Aeltern zugleich in feindliche Gefangenschaft gerathen war, ist nach dem Tode der letzten zurückgekehrt, und hat nun deren Erbschaft angetreten. Er ist dadurch Erbe geworden, da er iure postliminii in alle seine Rechte wiedereingetreten, die Erbschaft aber der in feindlicher Gefangenschaft gestorbenen Aeltern ex lege Cornelia eröffnet war. Inzwischen aber hatten Andre schon die zu diesen Erbschaften gehörigen Sachen usucapirt. Nun fragte es sich, ob er diese auch noch vindiciren könne? Die Kaiser rescribiren: „allerdings, und zwar exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur"; d. h. so wie diejenigen, deren Sachen während ihrer Gefangenschaft, während ihrer Abwesenheit, von Andern usucapirt worden sind, in Gemäßheit des Edicts über restitutio maiorum, utilis rei vindicatio haben[47], als in integrum restituti. Aber warum nur *exemplo* utilis actionis? Weil die Sachen jener Erbschaften zur Zeit, als sie usucapirt worden, noch nicht dem rückkehrenden Sohne erworben waren, also dieser strenge genommen nicht sagen konnte, daß ihm gehörende Sachen während seiner Gefangenschaft ihm durch Usucapion entzogen

[45] Themis, S. 157. 158. Aber Justinian denkt bei dem Ausdrucke »leges, veteres leges« u. dgl. keineswegs immer an Volksbeschlüsse; z. B. »in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli« L. 19. Cod. de iure delib. 6. 30. Vgl. z. B. L. 12. Cod. de contrah. stip. 8. 38. L. un. Cod. de nudo iure Quir. toll. 7. 25.

[46] L. 15. §. 6. D. quod vi aut clam.

[47] L. 14. 15. cf. L. 21. pr. in f. D. ex quib. caus. maiores. 4. 6.

worden seien[48]. Doch aber mußte ihm consequent dieselbe Rechtshilfe gegeben werden, da er doch nur durch seine Gefangenschaft in diesen Nachtheil gerathen war[49]; aber sie konnte ihm auch nur in demselben Maße gewährt werden, wie sie den zurückgekehrten Aeltern selbst zugestanden haben würde; daher sagen die Kaiser „cum exceptionis annuae obiectu vindicare non prohiberis", d. h. du kannst zwar vindiciren, aber es **kann** dir dabei nach Umständen auch die exceptio annua entgegengesetzt werden, für den Fall nämlich, daß du das Restitutionsjahr versäumt haben solltest.

Einige Schwierigkeit macht uns, um auch diese von Elvers gleichfalls berücksichtigte Stelle noch zu berühren, L. 15. §. 3—5. D. quod vi aut clam. 43. 24.

Nach L. 1. pr. D. ibid.[50] scheint es klar, daß das Jahr des interdictum quod vi aut clam ebenfalls utilis annus sei. Damit verträgt sich nun zwar wohl, daß L. 15. §. 4 cit. sagt „annus autem cedere incipit, ex quo id opus perfectum est"[51]. Auffallend aber ist, was der folgende §. 5 bemerkt:

> Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est; *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est, magna et iusta causa ignorantiae interveniente.*

Auffallend ist dieß, weil anderwärts gesagt wird: qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere[52], demnach also die Zeit, während welcher der Verletzte noch keine Kunde von dem neuen Werke hatte, bei Berechnung des utilis annus noch gar nicht hätte in Betracht kommen können, also auch nicht von einer Remission der annua exceptio, als welche in der That noch nicht gegründet wäre, die Rede sein könnte. Allein es erklärt sich dieß durch folgendes: Wenn man auch den Ausdruck „experiundi potestatem habere" ausdehnend so erklärte, daß auch wohl das Nichtwissen des Klagberechtigten als Mangel der experiundi potestas angesehen wurde, so war dieß doch cum grano salis

[48] Als Gefangener konnte er die Erbschaft nicht erwerben, so wenig wie irgend etwas Anderes. L. 23. §. 1. D. l. c.

[49] Vgl. L. 15. pr. D. de usurp. et usucap. 41. 3. »posse plenius fictionem legis accipi«.

[50] Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, *cum experiundi potestas est*, restituas.

[51] Vgl. L. 6. §. 14. D. quae in fraud. cred.; s. oben S. 26.

[52] L. 6. D. de calumniat. 3. 6.

zu nehmen, damit nicht überall das Berufen auf die bloße Unwissenheit dem nachlässigen Kläger aushelfe. Es kam dabei gewiß auf die besondern Verhältnisse bei den verschiedenen Klagen an. In dem Falle des interdictum quod vi aut clam insbesondere scheint es nun aber der Regel nach in der That gar nicht angemessen, dem Verletzten diese Berufung auf seine Unkunde zu gestatten. Denn der muß sich wenig um seine Sache bekümmern, der nicht bald davon erfährt, wenn ein neues Werk, dessen Errichtung in der Regel schon einige Zeit erfordert, zu seinem Nachtheil ausgeführt worden ist. Hier ist der Fall ganz anders beschaffen, als z. B. bei der actio de calumnia, worauf sich L. 6. cit. bezieht; hier muß schon ein besonderer Grund der Unwissenheit angeführt werden, um darauf bei der Berechnung des annus utilis Rücksicht zu nehmen. Daher war es hier Sache der prätorischen Cognition, ob der angeführte Grund der Unwissenheit genügend sei, und wenn der Prätor dieses erkannte, so wurde dann die annua exceptio ausgeschlossen, nicht in die formula aufgenommen, insofern sie nur begründet war, wenn man jene Zeit der Unwissenheit mit in Anschlag brachte. Ueberhaupt darf man annehmen, daß in manchen Fällen der Prätor darüber cognoscirte, wenn es rechtlich zweifelhaft war, ob man eines Hindernisses der Klag-Anstellung wegen sagen könne, der Klagberechtigte habe nicht experiundi potestatem gehabt, während dagegen andere unzweifelhafte Fälle der Judex ohneweiters bei der Untersuchung über die factische Begründung der vorgeschützten annua exceptio, ob wirklich 365 dies utiles verabsäumt worden seien, zu berücksichtigen hatte. *

---

Die in der vorstehenden Abhandlung widerlegte Ansicht über den utilis annus hat meines Wissens von keiner Seite Zustimmung gefunden. Die Widerlegung erkennt als erschöpfend an Savigny im System des H. R. R. IV. S. 453. Anm. 10.

---

8.

## Zur Lehre von der unvordenklichen Verjährung.**

### a) Ueber die Natur der unvordenklichen Verjährung.

Die neueste Zeit hat uns zwei schätzbare neue Bearbeitungen der Lehre von der unvordenklichen Verjährung geliefert:

* Aus der Gießener Zeitschr. für Civilrecht und Proz. XIV. S. 1—32. (1840.)

** Lehrb. §. 91.

Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Bd. II. nro. I. S. 1—147. und

Schelling, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit nach rein römischem Rechte, ihrer spätern Ausbildung und gegenwärtigen Gestalt im gemeinen Civilrecht. München 1835 (gekrönte Preisschrift).

Die letzte Schrift, obgleich sonst die Literatur sorgfältig beachtend, hat doch auf die ersterwähnte Abhandlung keine Rücksicht genommen. Der Verfasser sagt S. 33: „Nicht gering ist die Ausbeute bezüglich unsrer Lehre in der neuen Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes zu Kassel, herausgegeben von Pfeiffer, dessen praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, in deren ersten Bande (es ist der zweite) eine eigne Abhandlung unsrer Lehre gewidmet sein soll, ich um so mehr nicht erhalten zu haben bedaure, als sein Urtheil in dieser Lehre von großer Wichtigkeit sein muß".

Allerdings hat der fleißige und scharfsinnige Verfasser Ursache, zu bedauern, daß er diese Bearbeitung seines Gegenstandes durch einen tüchtigen practischen Rechtsgelehrten nicht hat benutzen können; es würde dadurch ohne Zweifel Manches in seiner Abhandlung mehr Festigkeit und Bestimmtheit erhalten haben, und so vielleicht eine weitere Besprechung desselben Gegenstandes überflüssig geworden sein. Nun aber möchte es nicht unzweckmäßig sein, wenn ein Dritter noch einmal das Wort nimmt, und, die beiden Abhandlungen mit einander vergleichend, die Resultate dieser neuen Untersuchungen ins Licht zu stellen sucht. Denn die beiden Verfasser weichen nicht blos in einzelnen Punkten, sondern in der Grundansicht über die Natur der unvordenklichen Verjährung wesentlich von einander ab.

Wie vielfältig auch verschiedene Meinungen der Rechtsgelehrten in der Lehre von der unvordenklichen Verjährung einander durchkreuzt haben, so darf man doch behaupten, daß seit geraumer Zeit sowohl in der Theorie als in der Praxis d i e Ansicht am meisten Beifall gefunden habe, nach welcher die unvordenkliche Verjährung nicht eigentlich als eine Erwerbungsart des Rechts, zu dessen Schutze man sich auf die Unvordenklichkeit des Besitzes beruft, zu betrachten ist, sondern vielmehr nur eine Vermuthung dafür begründet, daß das fragliche Recht schon früher irgend einmal auf rechtmäßige Weise erworben worden sei, ohne daß man von der Art dieser Erwerbung noch genaue Kunde zu geben vermöchte.

Vorzüglich Wernher und Böhmer haben diese Ansicht geltend gemacht. Der erste äußert sich folgendermaßen [1]:

Quia per longissimum et ultra hominum memoriam excurrens spatium facile media probandi titulum et legitimam rei vel iuris, quod quis habet, acquisitionem perire queunt, rationis est, ut immemorialis possessio sufficere debeat ad probandum vel certe ad inducendam praesumtionem validam, quod quis ius vel rem olim legitimis modis adeptus fuerit, ut ulteriori probatione tituli adstringi haud debeat. ... Igitur immemoralis praescriptio proprie praescriptio haud est, nec acquirendi, sed titulum legitimumque possessionis initium praesumtive probandi modus. — und nach weiterer Ausführung dieser Ansicht wieder: Sic itaque patet, per praescriptionem immemorialem nullum ius, quod quis ante non habuit, acquiri, sed ius legitime acquisitum fuisse probari; woran dann die Regel angeknüpft wird: quod in omnibus illis, quae a possessore ullo modo acquiri possunt, praescriptio immemorialis locum habeat, quia nempe per hanc ostenditur, acquisitum id a se iuste et legitime fuisse, quamvis interierit specialis tituli probatio.

In demselben Sinne hatte sich schon früher Böhmer ausgesprochen, auf welchen daher auch Wernher Bezug nimmt. Derselbe sagt unter andern [2]:

Vetustati effectus pinguiores tribuuntur, ut vicem tituli haberet et ius perfectum et irrevocabile produceret. — Ipsa utique ratio naturalis dictitat, vetustatem, cuius originis memoria non exstat, validissimam inducere probationem, cum, qui ius quoddam possidet, optimo titulo et iure esse munitum, non vero solo lapsu temporis demum acquisivisse. Qui vetustatem allegat non novum ius se hac ipsa comparasse ait, sed iam olim maiores suos id ipsum legitime acquisivisse contendit. Alias quilibet tenetur probare titulum et modum acquirendi. — Ab hac probatione liberatur qui vetustate munitus est, quia haec ipsa est instar probationis optimae, quippe quae praesumtionem urgentissimam inducit u. s. w. und an einem andern Orte [3] sagt er: Non enim hac temporis vetustate tam acquiritur privilegium quam olim legitime acquisitum fuisse probatur: quamvis diploma deficiat, quod tam vetusto tempore facile interire potuit: quod praesumtione iuris et de iure firmatur.

[1] Obss. forenses. pars. IV. obs. V.
[2] Ius ecclesiast. protestant. II. 26. §. 39.
[3] Annot. ad cap. 26. X. de V. S.

Dieselbe Ansicht, mehr oder weniger genau ausgesprochen, ist von einer Menge andrer Schriftsteller, nach Pfeiffer's Ausdruck, von der bei weitem größten Anzahl der Rechtsgelehrten gebilligt worden[4], so daß Thibaut[5] sagen konnte:

„Das Wesen der unvordenklichen Verjährung besteht nach den Gesetzen, und wenigstens nach einer entschiedenen Praxis darin[6], daß der, welcher sich über Menschengedenken in einem ununterbrochenen Zustande befunden hat, nun deßwegen so behandelt und angesehen wird, als habe er dazu durch ein giltiges Geschäft ein Recht erworben", womit er nach den von einem gewissen Dr. Froben herausgegebenen Erörterungen einzelner Lehren des römischen Rechts[7] nichts anderes hat sagen wollen, als daß unsere Praxis in der Regel angenommen habe: „die praescriptio immemorialis gelte juristisch nicht als ein eigentlicher Erwerb, sondern als praesumtio iuris et de iure einer iusta adquisitio, welche früher stattgefunden habe, und jetzt blos nicht mehr erwiesen werden könne".

In gleichem Sinne äußerte sich auch noch vor kurzem Zachariä[8]:

„Die unvordenkliche Verjährung ist überall nicht eine Verjährung in dem Sinne, welchen die Gesetze sonst mit diesem Worte verbinden. Durch sie wird nicht, wie sonst durch die erwerbende Verjährung, oder durch die Ersitzung, eine Erwerbung, die nicht in jeder Beziehung rechtsgiltig wäre, mit der Zeit in eine schlechthin giltige Erwerbung verwandelt, sondern sie ist die Rechtsvermuthung, daß ein gewisses Recht auf eine schlechthin giltige Weise erworben worden sei, weil es seit Menschengedenken von der und der Person öffentlich ausgeübt worden ist"[9].

[4] Siehe die Literatur bei Pfeiffer a. a. O. S. 81. vgl. S. 93. Die Zahl der Autoritäten könnte leicht noch vermehrt werden.

[5] System des Pandektenrechts 8. Aufl. §. 1035.

[6] In der sechsten Ausgabe §. 1048. heißt es schlechtweg: „Das Wesen der unvordenklichen Verjährung besteht darin u. s. w. Vgl. Besitz und Verj. II. §. 75.

[7] Stuttgart 1836. 2r Thl. S. 425. Obgleich es nicht gesagt ist, so ist doch wohl kein Zweifel, daß wir in diesem erbärmlichen Produkt des württembergischen Buchhandels, der uns schon einmal ein ähnliches Werk geliefert hat, nichts anderes als ein mit Fehlern und Mißverständnissen in enormer Zahl und Größe angefülltes Collegienheft aus Thibaut's Vorlesungen besitzen.

[8] Rechtsgutachten über die zwischen den fürstlichen Häusern Lippe und Schaumburg-Lippe obwaltenden Streitigkeiten. Heidelberg. 1835. S. 69.

[9] Der Verfasser setzt noch hinzu „mit andern Worten, sie ist nicht ein Schutzmittel gegen die Einwendungen, welche einer gemachten Erwerbung entgegengesetzt werden können, sondern sie ist eine — auf den Gesetzen beruhende — Erwerbungsart". Diese andern Worte scheinen mir aber nicht geeignet, die Sache mehr aufzuklären, sondern eher sie zu verwirren. Sagt man von der unvordenklichen Verjährung, sie sei eine auf den Gesetzen beruhende Erwerbungsart, so kann man dieß in keinem andern Sinne nehmen, als in welchem auch die Usucapion eine auf den Gesetzen beruhende Erwerbungsart ist, und sie muß dann allerdings, eben so wie diese, als eine Erwerbungsart angesehen werden, welche ein Schutzmittel gegen die einer gemachten Erwerbung möglicher Weise entgegenzusetzenden Einwendungen gewährt: indem juristisch nicht gewiß, also vor dem Richter auch nicht

Eben diese Ansicht ist nun auch von Schelling in der angeführten Abhandlung vertheidigt worden, und es muß diesem das Verdienst zuerkannt werden, dieselbe genauer bestimmt und entwickelt und tiefer begründet zu haben: wenngleich in der Ausführung des Ganzen mehr Einheit und Zusammenhang zu wünschen gewesen wäre.

Dagegen hat Pfeiffer gerade diese von den meisten angenommene Ansicht mit großem Nachdruck angefochten, indem er auszuführen sucht, daß „alle positiv nachzuweisenden Gründe" dafür seien, und nicht ein einziger dagegen, daß man sich von den Banden der herkömmlichen Doctrin von der auf eine Vermuthung des wirklichen Daseins eines speciellen Erwerbgrundes zu beschränkenden Eigenthümlichkeit der unvordenklichen Verjährung gänzlich losmache, und diese vielmehr als eine wahre Verjährung anerkenne, wodurch, eben wie durch andere Arten der Verjährung, eine neue Erwerbung des fraglichen Rechtes begründet werde.

Obgleich nun der Verfasser die Meinung ausspricht, daß diese Betrachtung jedem sorgfältig Prüfenden gar bald müsse zur Ueberzeugung werden, so muß ich doch gestehen, daß dieses bei mir nicht der Fall gewesen ist, daß ich vielmehr nach wie vor glaube, daß die andere Ansicht über das Wesen der unvordenklichen Verjährung sowohl aus der Natur der Sache als die richtige erkannt werden müsse, als auch mit den Aeußerungen unserer Quellen sehr wohl übereinstimme. Es kommt aber vor Allem darauf an, daß man die Sache genau und richtig auffasse.

Meines Erachtens ist man zu weit gegangen, wenn man der sogenannten unvordenklichen Verjährung die Eigenschaft einer Verjährung ganz abgesprochen hat [10]. Der allgemeine Begriff von Verjährung ist so weit umfassend, daß man jene auch dann darunter subsumiren muß, wenn auch ihre Wirkung nur in Begründung der Rechtsvermuthung einer früher eingetretenen rechtmäßigen Erwerbung besteht, wodurch der Besitzer von dem Beweise der Entstehung seines Rechts befreit wird. Immer liegt darin die Erwerbung eines rechtlichen Vortheils durch die fortgesetzte Ausübung eines Rechts, und eine juristisch bedeutende Veränderung des Rechtsverhältnisses, welche durch den Zeitablauf bewirkt worden ist. Wenngleich die Vermuthung eben darin besteht, daß eine

wahr ist, daß die Erwerbung rechtsgiltig stattgehabt habe. Will aber der Verfasser sagen, durch die unvordenkliche Verjährung werde eben dieses juristisch gewiß (vermittelst einer Rechtsvermuthung), daß eine auf den Gesetzen beruhende Erwerbungsart früher stattgefunden habe, so stimmt er allerdings mit sich selbst und der gemeinen Meinung überein; er hätte dann nur nicht sagen sollen, die unvordenkliche Verjährung sei eine solche Erwerbungsart.

[10] So neuerdings Schelling a. a. O. S. 1—3.

neue Erwerbung des ausgeübten Rechtes selbst nicht angenommen wird, so ist doch unläugbar die Begründung der Vermuthung, daß das Recht früher giltig erworben sei, und der darin liegende rechtliche Schutz des fraglichen Rechtsverhältnisses eine Rechtswirkung, welche durch die Ausübung des Rechts entstanden ist, und dies scheint mir genügend, um den allgemeinen Begriff der Verjährung darauf anzuwenden [11]. Indessen ist dieses im Grunde nur Wortstreit, und blos deßwegen etwa von Bedeutung, weil daraus hervorgeht, daß die Bezeichnung der unvordenklichen Verjährung durch den Ausdruck praescriptio nach der Bedeutung, welche dieses Wort in der neuern Zeit angenommen hat, der obigen Ansicht nicht schlechterdings widerspricht. In der That ist die unvordenkliche Verjährung, auch wenn sie in der angegebenen Weise aufgefaßt wird, der eigentlichen Ersitzung immer wenigstens eben so nahe verwandt, als diese der Klagenverjährung, die man doch mit der Ersitzung unter einen Begriff, der freilich sehr vage bestimmt wird, zu subsumiren pflegt.

Wird nun das Wesen der unvordenklichen Verjährung darin gesetzt, daß dadurch eine Vermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Rechts entstehe, daß der Besitzer so angesehen werde, als habe er auf rechtmäßige Weise das fragliche Recht erworben, und wie man sonst denselben Satz ausdrücken mag: so ist wohl zu beachten, daß man dabei nicht an eine Vermuthung zu denken hat, welche nur vorläufig dem Besitzer Sicherheit gewähre, durch den Beweis des Gegentheils aber immer noch angefochten und umgestoßen werden könne. Dieß ist freilich ein Punkt, über welchen sich viele und selbst diejenigen Schriftsteller, welche am meisten der richtigen Ansicht die Bahn zu brechen sich bemühten, nicht ganz klare Rechenschaft gegeben haben. Böhmer und Wernher, fühlend, daß man mit einer einfachen Vermuthung nicht ausreiche, bezeichnen zwar die durch den unvordenklichen Besitzstand begründete Vermuthung als eine urgentissima oder violenta praesumtio pro titulo olim legitime constituto, als eine validissima coniectura; jener aber sagt: haec tamen expirat, si probatio liquidissima, quae contra hanc praesumtionem violentam desideratur, in contrarium ab actore producta fuerit: und der andere sucht mit Beziehung auf Böhmer's Autorität die Ansicht von Ziegler, welcher eine praesumtio iuris et de iure angenommen hatte, zu widerlegen: nec vero ratio solida reddi potest, cur contrariae probationi locus sit denegandus. Quid enim, si alter possit ostendere per documenta alioque evidenti modo, vitiosum fuisse possessionis initium, nullo illam titulo

[11] Rave de praescriptionib. §. 172.

suffultam, sed de facto apprehensam fuisse, et sic omni tempore vitio laborasse? Hoc utique vel admittendum vel, quod omnes negant, statuendum erit, ex solo temporis lapsu ius aliquod nasci posse. Eben so ungenügend haben sich andere Schriftsteller darüber ausgesprochen und dadurch zu den in soweit gegründeten Gegenbemerkungen Pfeiffer's a. a. O. S. 87 fgg. Veranlassung gegeben. Doch reicht Böhmer, welcher auch anderwärts selbst eine praesumtio iuris et de iure annimmt[12], nahe an die richtige Auffassung hinan, indem er nach den vorhin mitgetheilten Worten hinzusetzt: Sic enim evincitur non adesse talem vetustatem, cuius initii memoria non exstat, sed probata origine possessionis et modo acquirendi, probata illegitima acquisitione, tempus immemoriale simul destruitur.

Es fragt sich nämlich zuerst, wann ist Unvordenklichkeit des Besitzstandes vorhanden? Die Antwort darauf ist kurz diese: Unvordenklichkeit des Besitzstandes ist dann vorhanden, wenn die ununterbrochene Ausübung eines Rechtes über Menschengedenken hinaus bewiesen werden kann, und ein unrechtlicher Anfang des Besitzes dagegen nicht nachzuweisen ist. Hieraus geht schon hervor, daß von einem Gegenbeweise gegen die durch wirklich vollendete unvordenkliche Verjährung entstandene Vermuthung keine Rede sein könne; daß es eine contradictio in adiecto wäre, zu behaupten, durch die unvordenkliche Verjährung werde eine Vermuthung frühern Rechtserwerbes begründet, gegen diese Vermuthung sei aber noch der Beweis des Gegentheils zulässig, da gerade zur Vollendung der unvordenklichen Verjährung, diese in abstracto aufgefaßt, vorausgesetzt wird, daß dieser Gegenbeweis nicht mehr geführt werden könne; und daher sagt Böhmer ganz richtig: sic enim evincitur non adesse talem vetustatem, cuius initii memoria non exstat.

Es fragt sich ferner, wann steht denn die Unvordenklichkeit des Besitzstandes, auf welche sich Jemand zum Schutze eines factisch bestehenden Verhältnisses beruft, juristisch fest? Man muß sich hier Parteien im Prozesse einander gegenüberstehend denken. Die eine Partei beruft sich auf unvordenklichen Besitz, die andere stellt diesen in Abrede. Jene versucht den Beweis ihrer Behauptung, und bringt solche Thatsachen vor, welche an sich vollkommen hinreichen, um den Richter von der Unvordenklichkeit des fraglichen Besitzstandes zu überzeugen, und also das richterliche Urtheil zum Vortheile des Beweisführers zu stimmen. Aber es ist der andern Partei noch der Gegenbeweis vorbehalten. So lange noch dieser Gegenbeweis zulässig ist, kann man nicht sagen, daß die

12 S. oben S. 79 a. E.

Unvordenklichkeit des Besitzes bewiesen sei. Denn werden vom Gegner Umstände beigebracht, welche das Resultat jener Beweisführung aufheben, z. B. und vor Allem der unrechtliche Anfang des Besitzes, so ist das Resultat des ganzen Beweisverfahrens gerade das entgegengesetzte, nämlich daß unvordenklicher Besitz nicht vorhanden sei. Durch die Beweisführung der ersten Partei war vorläufig die unvordenkliche Verjährung nur wahrscheinlich gemacht; der gelungene Gegenbeweis hat diese Wahrscheinlichkeit zerstört. Bewiesen im vollen Verstande ist erst das, was als Resultat des ganzen Beweisverfahrens über den fraglichen Punkt vom Richter als wahr anzunehmen ist.

Erst dann also steht die Unvordenklichkeit des Besitzes unter den streitenden Parteien juristisch fest, wenn nach gelungenem Beweise ein Gegenbeweis entweder gar nicht versucht oder nicht gelungen ist und nun nicht mehr zugelassen wird. In diesem Falle muß der Richter das Recht als wohlerworbenes zuerkennen, und es kann keine Rede mehr davon sein, daß nun noch ferner von Seiten derselben Gegenpartei die wirkliche Existenz der rechtlichen Erwerbung bestritten und Gegenbeweis dagegen versucht werden könne.

Dieß ist es, was diejenigen Schriftsteller im Sinne gehabt haben, welche eine praesumtio iuris et de iure des früher stattgehabten Rechtserwerbes als Wirkung des unvordenklichen Besitzes aufstellen. In neuerer Zeit haben Manche und mit ihnen Pfeiffer a. a. O. S. 91. die sogenannte praesumtio iuris et de iure als gleichbedeutend mit juristischer Fiction bezeichnet; aber mit Recht hat dagegen schon Mühlenbruch den Unterschied beider hervorgehoben [13]. Die Fiction stellt etwas als wahr hin, ohne irgend Rücksicht darauf zu nehmen, ob Gründe der Wahrscheinlichkeit für die Annahme sprechen oder nicht; ja wo das Gegentheil des Angenommenen klar und bestimmt vorliegt; z. B. die fictio legis Corneliae tritt gerade dann ein, wenn man weiß, daß der Römische Bürger in feindlicher Gefangenschaft gestorben ist. Der sog. praesumtio iuris et de iure dagegen liegt eine wahre Vermuthung zum Grunde; sie soll nur dadurch ausgezeichnet sein, daß sie nicht durch den Beweis des Gegentheils umgestoßen werden kann, daß also der Versuch des Gegenbeweises dagegen nichts helfen kann: und eben deßhalb, weil ein Gegenbeweis gar nicht zugelassen wird, also das Gegentheil juristisch auch nie gewiß gemacht werden kann, bleibt die Vermuthung, welche das Recht in dieser Art aufstellt, auch immer als Vermuthung bestehen. Hiernach

[13] Lehrbuch des Pandektenrechts I. §. 146. not. 13. Vgl. Fallati, Ueber Begriff und Wesen des röm. Omen. S. 79—81.

erklärt sich, wie man dazu kommen konnte, die Wirkung der unvordenklichen Verjährung in die Begründung einer solchen Vermuthung zu setzen.

Doch mag ich diese Bezeichnung nicht als angemessene gelten lassen. Denn faßt man die Sache in abstracto auf, d. h. ohne dabei an ein bestimmtes Parteienverhältniß zu denken, so wird, wie schon oben angedeutet wurde, zur unvordenklichen Verjährung eben dieses vorausgesetzt, daß der Beweis eines unrechtlichen Anfangs des Besitzes nicht mehr geführt werden könne; man kann also wohl sagen, ein solcher unvordenklicher Besitz begründe die Vermuthung einer rechtlichen Erwerbung des fraglichen Rechts, und deßhalb werde nun das Recht als wohlerworbenes anerkannt und geschützt; es ist aber ohne Zweifel unpassend zu sagen, der Besitz begründe eine Vermuthung, gegen welche ein Gegenbeweis nicht zulässig sei (sog. praesumtio iuris et de iure), da die Möglichkeit des Gegenbeweises schon durch die nothwendigen Voraussetzungen der Verjährung selbst ausgeschlossen ist. Nimmt man Rücksicht auf ein bestimmtes Parteienverhältniß, so kann es zwar nach unserer obigen Erörterung dahin kommen, daß der Gegenbeweis eines unrechtlichen Anfangs von Seiten einer Partei juristisch nicht mehr zulässig, wenn gleich factisch noch möglich ist; allein der Gegenbeweis, welcher hier ausgeschlossen wird, ist eigentlich nicht der Gegenbeweis gegen eine durch Unvordenklichkeit begründete Vermuthung, sondern vielmehr der Gegenbeweis gegen die Unvordenklichkeit selbst, welche die Vermuthung begründen soll. Die Unvordenklichkeit, welche ihrem Wesen nach die Möglichkeit jenes Gegenbeweises ausschließt, ist bewiesen, und gilt deßwegen unter diesen Parteien in concreto als wahr; durch sie steht denn auch jene Vermuthung unter diesen Parteien unumstößlich fest; der gelungene Beweis stellt die Sache unter den streitenden Theilen so, als wäre ein unvordenklicher Besitzstand nach seinem abstrakten Begriffe wirklich vorhanden; also die Möglichkeit, nicht blos die Zulässigkeit jenes Gegenbeweises wirklich ausgeschlossen. Hier von einer praesumtio iuris et de iure zu sprechen, wäre nicht passender, als wenn man überhaupt das Resultat einer jeden abgeschlossenen Beweisführung oder vielmehr den Inhalt des darauf sich gründenden rechtskräftigen Urtheils, welches jenes Resultat definitiv ausspricht, auf eine solche Präsumtion zurückführen wollte.

Es ist also besser, jene Beziehung auf eine praesumtio iuris et de iure ganz fallen zu lassen, und wie es von Schelling in mehreren Stellen seiner Schrift sehr gut ausgesprochen worden ist, den Beweis des unvordenklichen Besitzstandes als indirekten Beweis des irgend einmal geschehenen Rechtserwerbes zu betrachten, indem dabei die natürliche

Vermuthung zum Grunde liegt, daß der Besitzstand ohne einen giltigen Erwerbgrund sich nicht so lange Zeit hindurch ununterbrochen erhalten haben würde. Eine Beschränkung der Wirkung der unvordenklichen Verjährung ist in dieser Ansicht so wenig enthalten, daß vielmehr derjenige, welchem der Beweis der Unvordenklichkeit gelungen, dadurch eben so sicher gestellt ist, als hätte er den Erwerb des Rechts durch einen vollkommenen Erwerbgrund, durch ein in früherer Zeit vollzogenes vollkommen wirksames Rechtsgeschäft dargethan. [14]

Daß nun diese Ansicht die richtige, und unzulässig dagegen diejenige sei, nach welcher die Erwerbung des Rechts als das Resultat der unvordenklichen Verjährung aufgefaßt wird, dies scheint sich mir schon aus der Natur der Sache zu ergeben. Man nehme nur praktische Fälle, in welchen eine Berufung auf unvordenklichen Besitzstand vorgekommen ist, zur Hand. Man wird in der Regel finden, daß die Behauptung des Verjährenden nicht darauf gerichtet ist, daß er jetzt oder in irgend einem frühern Zeitpunkte durch den Besitz, durch die Verjährung, erworben habe, sondern es wird behauptet, das Recht stehe ihm zu und habe ihn schon seit unvordenklicher Zeit zugestanden; zum Beweise dafür diene der Umstand, daß er es von Altersher ausgeübt habe: das Recht zu haben behauptet man, weil man es seit undenklicher Zeit ausgeübt habe; nicht aber behauptet man das Recht dadurch, daß man es ausgeübt, erworben zu haben. Mir sind viele hieher gehörige Fälle vorgekommen, und immer ist die Berufung auf unvordenkliche Verjährung in obiger Gestalt aufgetreten. Und so ist es mir auch nicht zweifelhaft, daß das Motiv, welches den Richter bestimmt, ein Recht zuzuerkennen, nicht darin liegt, daß das Recht jetzt, nachdem die Unvordenklichkeit des Besitzes erwiesen ist, oder in einem frühern unbekannten Zeitpunkte, in welchem der Besitzstand zuerst ein unvordenklicher geworden, erworben sei; daß er vielmehr deßhalb das Recht zuerkenne, weil die Unvordenklichkeit des Besitzes dafür spreche, daß dasselbe eben in unvordenklicher Zeit, also natürlich nicht durch den unvordenklichen Besitz erworben worden sei.

Sollte durch den unvordenklichen Besitz eine neue Erwerbung des Rechts bewirkt worden sein, so müßte doch für diese Erwerbung irgend ein Zeitpunkt ihrer Vollendung angenommen werden, wenn gleich es nicht gefordert werden möchte, daß man denselben auch bestimmt angebe. Nun frage man sich, in welchem Zeitpunkte man die Erwerbung als vollendet annehmen müßte? Man wird darauf keine andere Antwort

[14] Vgl. Schelling a. a. O. S. 19—21.

geben können, als daß die Erwerbung in dem Augenblicke vollendet werde, in welchem das letzte Beweismittel, durch welches noch ein bestimmter Anfang des fraglichen Besitzes hätte erwiesen werden können, zu Grunde gehe, z. B. wenn der letzte Zeuge, welcher aus eigener Kunde oder aus Mittheilungen der Vorfahren etwas über den Anfang oder die Art der Besitzerwerbung auszusagen vermöchte, stürbe, oder eine darauf bezügliche Urkunde unterginge. Gewiß sonderbar aber wäre es, von solchen Umständen die Erwerbung eines Rechts abhängen zu lassen. Man braucht sich, wie mir scheint, nur dieses Verhältniß der Sache klar vorzustellen, um den Gedanken an die Gleichstellung der unvordenklichen Verjährung mit der Ersitzung ganz fallen zu lassen, und sich zu überzeugen, daß der unvordenkliche Besitzstand überall nur als ein Beweisgrund für die Existenz des Rechts, das nicht erst durch jenen entstanden sei, angesehen werden könne[15].

Von diesem Gesichtspunkte betrachtet ist Alles einfach und consequent. Ich behaupte ein Recht zu haben. Man verlangt, daß ich es beweise. Dazu wird in der Regel die Nachweisung, wie man das Recht erworben habe, erfordert, obgleich man von dem Beweise der geschehenen Erwerbung doch nur durch einen Schluß zu der Annahme seiner jetzigen Existenz gelangen kann. Die Art meiner Erwerbung nun nachzuweisen bin ich nicht mehr im Stande. Aber, so entgegne ich, das Recht ist von mir und meinen Vorfahren ultra hominum memoriam ausgeübt worden; ein widerrechtlicher Anfang des Besitzes ist nicht nachzuweisen; und dieß dient zum Beweise, daß er einen rechtlichen Anfang gehabt habe, daß eine Erwerbung des **Rechts** ihm zum Grunde liege; es ist hinreichend den Richter von der Existenz des Rechts zu überzeugen, so gut wie der Inhalt einer Urkunde oder die Aussage von Zeugen, welche die Vollziehung eines bestimmten Erwerbungsakts bewahrheiten. Es kommt nur darauf an, daß der Beweisgrund wirklich beigebracht werde.

Ganz anders verhält es sich mit der sogenannten praescriptio definita. Hier mag erwiesen werden, daß bis zu einem bestimmten Zeitpunkte das fragliche Recht einem andern zustand, und der jetzige Prätendent den Besitz desselben ohne das Recht selbst erworben habe; es ist dennoch jetzt, nachdem der Besitz während bestimmter Zeit ununterbrochen fortgesetzt worden, das Recht erworben **durch** den fortgesetzten Besitz, und

[15] Unrichtig ist es, wenn Schelling S. 2. die Unvordenklichkeit als Beweis**mittel** bezeichnet, wie ihm der Recensent in der Jen. Lit. Ztg. 1835. Nr. 220. S. 325. mit Recht vorwirft. Sie kann nur Beweis**grund** der Erwerbung sein.

die Erwerbung ist in dem bestimmten Zeitpunkte für vollendet zu halten, in welchem der Ablauf der Verjährungszeit vollendet ist: während das Wesen der unvordenklichen Verjährung eben darin besteht, daß das Recht als erworben in unvordenklicher Zeit, aber nicht durch dieselbe anzunehmen ist.

Es ist nun freilich möglich, daß derjenige, welcher jetzt durch die Unvordenklichkeit seines Besitzstandes geschützt ist, einen rechtlich giltigen Erwerbgrund in der That nicht für sich hat, so wie es auf der andern Seite wohl der Fall sein kann, daß derjenige, welcher nur die Erwerbung durch Ersitzung nachzuweisen vermochte, in der That doch schon ohne diese das Recht vollkommen erworben hatte. Diese Möglichkeiten dürfen aber in der obigen Auffassung des Unterschiedes der beiden Arten der Verjährung nicht irre machen. Im letzten Falle kann man nach dem Grundsatze, daß juristisch nur das Bewiesene als wahr gilt, immer nur die Ersitzung als den wirklichen Erwerbgrund des Rechtes betrachten, und jene Möglichkeit ist juristisch ganz unbedeutend. Eben so kommt auch im ersten Falle die Möglichkeit, daß der Besitzer nicht in voriger Zeit auf giltige Weise das Recht erworben habe, juristisch gar nicht in Betracht; es muß, obgleich jene Möglichkeit faktisch niemals abzuläugnen ist, obgleich selbst der Jurist im einzelnen Falle nach einer Vermuthung ad hominem den Mangel eines frühern rechtlichen Erwerbgrundes für wahrscheinlich halten mag, juristisch dennoch immer so angesehen werden, als habe früher eine Rechtserwerbung wirklich Statt gefunden. Es verhält sich damit eben so, als wenn durch rechtskräftiges Urtheil der Beweis einer geschehenen Rechtserwerbung für geführt erkannt und sonach das Recht einer Partei zugesprochen ist: wobei denn auch andre Vermuthungen zur Beweisführung benutzt worden sein können. Auch hier bleibt es immer denkbar, daß das Recht dennoch nicht wirklich erworben worden sei; und sofern man dieses annimmt, kann man sagen, es enthalte erst das rechtskräftige Urtheil den Grund, warum die eine Partei das fragliche Recht gegen die andre als erworben behaupten könne; es sei also gewissermaßen, im Verhältniß zu der andern Partei, das Urtheil der Erwerbungsgrund des Rechts. Juristisch aber kann man die Sache nicht so ansehen; nach juristischer Strenge muß vielmehr im Verhältniß der beiden Parteien zu einander immer angenommen werden, daß das Recht schon früher, auf die Art, wie die Beweisführung der einen Partei es ergeben hat, erworben worden sei.

Es läßt sich die Vergleichung noch weiter führen. Nehmen wir an, daß Jemand eine öffentliche Urkunde über die Erwerbung eines

Rechts besitze, welche geeignet ist, ihm gegen jeden den Beweis derselben zu verschaffen. Möglich ist es immerhin, daß er das Recht dennoch nicht erworben habe. Man könnte dann in Voraussetzung solcher Möglichkeit eben so gut die Urkunde als den Erwerbgrund des Rechts betrachten, als man den unvordenklichen Besitzstand in Voraussetzung, daß die durch denselben begründete Vermuthung der Wahrheit nicht entspreche, dafür ausgeben möchte. Wie sich diese Betrachtungsweise in Vorstellungen, welche aller technischen Haltung entbehren, verliere, leuchtet von selbst ein.

Ganz richtig äußert sich dagegen Schelling a. a. O. S. 98., um den Unterschied zwischen Verjährung (praescriptio definita) und Unvordenklichkeit zu bestimmen: es „beruft sich der eine auf die vermittelst Verjährung geschehene Erwerbung eines neuen Rechts, der andre auf ein bereits erworbenes Recht, das er durch Unvordenklichkeit beweist. — Während bei den Verjährungen der fortgesetzte Besitz bestimmte Jahre hindurch unter gewissen Voraussetzungen das Mangelhafte der ursprünglichen Erwerbung ersetzte, mußte eine ähnliche Wirkung um so mehr bei unvordenklichem Besitz zugegeben werden, dessen Begriff es aber auf der andern Seite mit sich brachte, daß man hier nur dadurch zu einem ähnlichen Resultate kommen konnte, wenn man die ursprüngliche Erwerbung als eine in aller Form und Rechtmäßigkeit geschehene durch Unvordenklichkeit beweisen ließ": und am Ende der literarhistorischen Entwickelung S. 104.: „Obgleich also Unvordenklichkeit dem Princip gemäß nur Beweis eines erworbenen Rechts ist, so wird dieselbe doch — als ein Supplement der ordentlichen Ersitzung angesehen, nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß bei den übrigen Verjährungen ein Mangel im ursprünglichen titulus adquirendi angenommen, bei der unvordenklichen Zeit aber eine causa präsumirt wird, quae olim iam transtulerit dominium".

Damit stimmt auch ein andrer, durch Geist und Gelehrsamkeit ausgezeichneter Schriftsteller überein [16], indem er sagt: „die Immemorialverjährung ist überhaupt kein modus acquirendi, sie gehört weder zur Occupation noch zur Verjährung; denn sie ist dasjenige Rechtsverhältniß, wo seit Menschengedenken derselbe Besitzstand vorgefunden und eben deßwegen kurzweg ohne alle Vermittlung als Eigenthum anerkannt wird, als Eigenthum, das auf unbekannte Weise gegründet und durch den Besitz bewiesen ist. Der Besitz gilt für Eigenthum, weil das Gegentheil nicht constirt; er muß daher über Menschengedenken hinausreichen, ita ut contrarii memoria non exstet. Die Immemorialverjährung dient

[16] Göschel, Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsakten eines Juristen. I. S. 373.

nicht Rechte zu erwerben, sondern Rechte zu sichern, deren Erwerbung nicht nachzuweisen ist“. [17]

Hat die bisherige Ausführung etwas dazu beigetragen, aus der Natur der Sache selbst die Wahrheit unsrer Ansicht über das Wesen der unvordenklichen Verjährung erkennen zu lassen, so müssen wir noch nachweisen, daß auch die Aussprüche unserer Rechtsquellen damit nicht im Widerspruche stehen, um so mehr, als gerade das mit besonderm Nachdrucke von Pfeiffer behauptet worden ist, daß die Richtigkeit seiner Meinung aus den Quellen sich mit Leichtigkeit darthun lasse. Bekanntlich enthalten unsre Quellen nur wenige Stellen, welche von dem, was wir unvordenkliche Verjährung nennen, handeln, und diese sind wenig befriedigend. Ja es ist kein Zweifel, daß das Institut der unvordenklichen

[17] Man lese in dem Buche selbst weiter auf S. 374—380. die geistreiche Entwickelung über das Verhältniß von Besitz, Verjährung und Unvordenklichkeit des Besitzes. — Die Ausführung Schelling's scheint gar nicht verstanden zu haben der in der Anm. 15. genannte Recensent desselben. Er sagt: „Wenn nun aber der Verf. sich den spätern Beweisgrund (die unvordenkliche Zeit) und die ursprüngliche Erwerbung (z. B. Kauf, Tausch, Schenkung) als zwei ganz verschiedene Dinge vorstellt, so sieht man überhaupt nicht ein, warum er noch zu einer Unvordenklichkeit seine Zuflucht nimmt, da der Beweis der davon getrennten ursprünglichen Erwerbung, z. B. des Kaufs, schon vollkommen genügen, überhaupt aber das Dasein der unvordenklichen Verjährung sogar ausschließen oder widerlegen würde, indem hiedurch ein Anfang des Besitzes nachgewiesen wäre. Dachte sich indessen Hr. S. unter der frühern Erwerbung und unter dem spätern Beweisgrund nur eine und dieselbe unvordenkliche Zeit, auf welche sich der Beweisführer berufen hätte, so konnte wiederum ohne petitio principii von keinem „bereits erworbenen“ Rechte die Rede sein, denn in diesem Falle hätte es gerade von der Herstellung des Unvordenklichkeitsbeweises erst abgehangen, ob von einer Erwerbung hiebei die Rede sein konnte oder nicht“. Allein Schelling's Meinung ist klar und verständlich diese: Ist die Unvordenklichkeit des Besitzstandes bewiesen, so ist es eben so gut, als wäre bewiesen, daß man schon früher das streitige Recht auf eine vollkommen giltige Weise erworben habe, obgleich man nicht mehr nachweisen kann, und zur Existenz der Unvordenklichkeit gerade vorausgesetzt wird, daß nicht mehr nachzuweisen sei, wann und durch welchen besonderen Erwerbgrund, ob durch Kauf oder Schenkung u. dgl., das Recht erworben worden sei. Wie hierauf die angeführte Entgegnung passe, ist mir ein Räthsel. Der Rec. fährt fort: „Unsere Ansicht ist demnach kurz diese: Wer ein Recht beweisen will, hat hierzu vier Wege: 1) Er beweist die volle iusta causa adquirendi. 2) Kann er dieß nicht, so beruft er sich auf ordentliche oder 3) außerordentliche Ersitzung. Endlich 4) wenn er nicht einmal titulus und bona fides allegiren kann, oder der Gegenstand der kürzern Verjährung entzogen ist, auf den unvordenklichen Besitz“. Eben so spricht Schelling S. 106, nur mit dem Unterschiede, daß er ordentliche und außerordentliche Ersitzung nicht besonders unterscheidet, und dabei nicht die Ungenauigkeit begeht, so zu sprechen, daß man glauben sollte, es werde zur außerordentlichen Ersitzung auch iustus titulus erfordert. Aber sind denn nicht die ordentliche und außerordentliche Ersitzung auch volle iustae causae adquirendi, d. h. vollkommen wirksame Erwerbarten des Rechts, eben so gut wie Tradition vom Eigenthümer, Occupation, Specification u. s. w.? Warum also diese unterscheiden? Und ist dagegen nicht der Unterschied zwischen der bestimmten und unvordenklichen Verjährung, daß durch jene das Recht erworben, und zwar die Erwerbung in einem bestimmten Zeitpunkte vollendet ist, wenn gleich bewiesen wird, daß vorher nur der Besitz, nicht das Recht erworben war; daß hingegen bei der unvordenklichen Verjährung gerade das nicht darf bewiesen werden können, daß die Besitzerwerbung ohne Erwerbung des Rechts, oder wie man es auch wohl nennt, eine unvollkommene Erwerbung stattgefunden habe? Und ist es nicht ferner etwas Verschiedenes, wenn ich beweise, daß ich durch fortgesetzten Besitz ein Recht in bestimmtem Zeitpunkte neu erworben habe, und wenn ich durch den unvordenklichen Besitz beweise, daß ich das Recht früher auf irgend andere nicht mehr speciell nachzuweisende Art erworben habe? So kann ich auch die Ausstellungen des Rec. auf S. 326 a. a. O. nicht gegründet finden.

Verjährung im Rechtsleben des Mittelalters weit mehr durch eine gewisse innere Nothwendigkeit als durch die Autorität der geschriebnen Rechtsquellen zur Geltung gekommen ist, wie denn auch Göschel a. a. O. die Immemorialverjährung als ein allen Völkern gemeinschaftliches Recht betrachtet, und behauptet, daß sie gänzlich auch aus denjenigen Staaten nicht zu verbannen sei, in welchen sie durch neue Gesetzbücher proscribirt worden sei. Was aber unsre Quellen auf unvordenkliche Verjährung Bezügliches enthalten, stimmt mit unsrer Ansicht sehr wohl überein. So namentlich eine der deutlichsten hiehergehörigen Stellen des Römischen Rechts, L. 3. §. 4. D. de aqua quotidiana. (43. 20.): Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur: d. h. der ductus aquae, dessen Entstehung Niemand mehr nachweisen kann, soll so angesehen werden, als sei er auf rechtliche Weise entstanden, iure constitutus. Es ist unzulässig die Stelle so zu erklären, als sei nun dadurch, daß origo memoriam excessit, der ductus aquae als Recht erworben oder iure constituirt worden; sondern vielmehr deßhalb, weil origo memoriam excessit, wird angenommen, habetur, daß er iure constitutus sei, obgleich dieses nicht direkt bewiesen, also, abgesehen von der eben durch die Unvordenklichkeit begründeten Vermuthung, nicht juristisch gewiß ist.

Eben so L. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.): „Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere“. Unter lex agri dachte sich der Verfasser dieser Stelle wohl die bei Ackervermessungen vorkommende lex agrorum, welche über das Verhältniß der abgetheilten Aecker zu einander rechtlich bestimmte [18]: man mag aber den Ausdruck auch von einer besondern ausdrücklichen Uebereinkunft verstehen. [19] Der Sinn der Stelle ist dann dieser: wo eine solche lex agri nicht vorliegt, d. h. nicht erwiesen werden kann, da soll doch die vetustas die Stelle derselben vertreten. Dieß läßt sich aber gewiß ganz ungezwungen so auffassen: wegen der vetustas soll es so angesehen werden, als wäre eine lex vorhanden, welche das rechtlich festsetzte, was seit unvordenklicher Zeit faktisch bestanden hat, als sei eine lex agri, die nur nicht nachgewiesen werden kann (non invenitur), die Quelle des vorhandnen Zustandes nicht erst jetzt durch die vetustas geworden, sondern schon früher gewesen. Bestätigt wird diese Auffassung durch das, was weiter hinzugesetzt wird: Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus

[18] Unterholzner, Verjährungslehre I. S. 514.
[19] Pfeiffer a. a. O. S. 86.

est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure (oder velut iure) impositam servitutem videatur. Man mag die Lesart vel ex oder die auch mir angemessener scheinende velut annehmen, so kann man doch immer die Stelle nicht mit Pfeiffer a. a. O. erklären: die langjährige Ausübung der Servitut solle eine durch Herkommen, gleichwie durch einen bestimmten Rechtsgrund bewirkte Auflegung der Servitut zur Folge haben. Vielmehr sagt der Jurist: longa consuetudine videtur *habuisse*, d. i. wegen des langen Gebrauchs scheint es oder wird es so angesehen, daß er die Servitut gehabt habe, nämlich schon während, nicht erst in Folge des langen Gebrauchs gehabt habe, gleich als eine wirklich (d. i. erwiesener Maßen) durch ein giltiges Rechtsgeschäft constituirte Servitut[20]. Es ist darin deutlich der Gedanke ausgesprochen, den wir der unvordenklichen Verjährung zum Grunde gelegt haben, und die Vergleichung zeigt, daß derselbe Gedanke auch bei der Entstehung der ordentlichen Ersitzung der Servituten per longum tempus mitgewirkt hat.

Scheinen also die angeführten Stellen für unsre Ansicht zu sprechen, so stehen ihr auch diejenigen Stellen, auf welche sich Pfeiffer insbesondere beruft, keineswegs entgegen. Wenn in L. 3. §. 4. D. l. c. gesagt wird: in eadem causa, als die opera *publica auctoritate* facta, seien diejenigen, quorum memoriam vetustas excedit, und in L. 26. eod. ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, erwähnt werden, so liegt darin nichts unsrer Ansicht widersprechendes; denn allerdings die vetustas ist es, welche dem Besitzstande die auctoritas gibt, daß er als rechtlich begründeter gilt, tametsi ius non probaretur. Und wenn es in L. 2. pr. D. eod. heißt: Tria sunt, *per quae* inferior locus superiori servit: lex: natura loci, vetustas quae semper pro lege habetur: so braucht man das *per quae* nicht so strenge zu nehmen, daß dadurch schlechterdings der eigentliche Entstehungsgrund des Rechtes angedeutet werde. Lex ist die vorliegende erwiesene lex; liegt eine solche nicht vor, so braucht nur vetustas nachgewiesen zu werden, um jenen Beweis zu ersetzen: es sind also drei Gründe, weßhalb das untere Grundstück ein Recht des höherliegenden anerkennen muß: lex, natura loci, vetustas. So ist die Stelle zu verstehen.

Daß endlich auch die Stellen des canonischen Rechts und der deutschen Reichsgesetze der oben vertheidigten Ansicht über das Wesen der unvordenklichen Verjährung nicht entgegenstehen, bedarf keiner

[20] Wollte man die Lesart vel ex festhalten, so könnte man erklären: „sogar als rechtlich constituirte"; ich ziehe aber die andere Lesart entschieden vor.

besondern Ausführung; man wird darin, wenn keine Bestätigung, doch gewiß auch keine Widerlegung derselben finden. Die Hauptstelle, cap. 1. in fine de praescriptionibus in 6to, würde sogar geradezu den Beweis für die Richtigkeit jener Ansicht liefern, wenn die Lesart: nisi tanti temporis allegetur *probatio* (statt praescriptio), cuius contrarii memoria non exstat, bewährt wäre. Unterholzner a. a. O. S. 516. hat diese Lesart, ohne etwas darüber zu bemerken, aufgenommen, und nach Schelling S. 3. soll dieselbe die Autorität der ältern und bessern Handschriften für sich haben. Leider aber gewähren mir die mir zu Gebote stehenden Hülfsmittel keine Gewißheit darüber, indem ich sonst nirgendwo eine solche Variante bemerkt finde. Daß jedoch auch der Ausdruck praescriptio, worauf Pfeiffer so viel Gewicht legt, nicht bewegen könne, die durch so viele andere Gründe unterstützte Ansicht fallen zu lassen, ist schon oben S. 81. fg. bemerkt worden.

### b) Wird durch die Lehnserneuerung die Wirkung eines unvordenklichen Besitzes des Lehnsherrn unterbrochen?

Es sei uns vergönnt, von der unter a) versuchten Entwickelung der Natur der unvordenklichen Verjährung zur Entscheidung einer streitigen Frage des Lehnrechts Gebrauch zu machen. Und zwar will ich zu größerer Veranschaulichung die Erörterung darüber an die Beurtheilung eines praktischen Falles anknüpfen, über welchen ich als Beisitzer des Bonner Spruchcollegiums zu referiren hatte, und welcher mir zu den hier nur weiter ausgeführten Betrachtungen Veranlassung gegeben hat.

Eine Familie war laut Inhalts von acht Lehnbriefen, von denen der älteste vom Jahr 1663 schon eines ältern Besitzes der Vorfahren der Belehnten erwähnt, mit einem Hammerwerke und verschiedenen dazu gehörigen Waldungen und Wiesen belehnt worden. Ein Theil der Waldung aber, welche nach der in allen Lehnbriefen bis zum neuesten des Jahres 1811 gleichlautenden Grenzbestimmung mit zu dem Lehngute gehörte, wurde seit geraumer Zeit von der fürstlichen Kammer als freies Eigenthum benutzt. Die Lehnträger klagten nun petitorisch auf Einräumung dieser Waldung. Die fürstliche Kammer entgegnete, sie habe seit undenklicher Zeit, wie sie weit über hundert Jahre hinaus durch Forstrechnungen zu beweisen vermöge, den fraglichen Waldtheil als ganz freies Eigenthum benutzt, und den Klägern gegen Entrichtung des Schlaggeldes jährlich nur 120 Malter Nadelholz aus demselben verabfolgen lassen. Daraus gehe hervor, daß derselbe in früherer Zeit durch einen

jetzt nicht mehr nachzuweisenden Vertrag von der Belehnung ausgeschlossen und nur aus Irrthum der Lehnbrief immer noch nach dem alten Formular ausgefertigt worden sei. Es wurde hiernach der Kammer die Nachweisung des von ihr behaupteten unvordenklichen Besitzstandes aufgegeben. Dagegen beschwerten sich die Kläger unter andern und vorzüglich aus dem Grunde, weil jede Verjährung durch die bis in die neueste Zeit noch in gleichem Umfange wiederholten Lehnserneuerungen unterbrochen worden sei. Sie beriefen sich dabei auf Struben's Rechtliche Bedenken I. 112., wo ein Erkenntniß erwähnt und gebilligt wird, „daß durch die jedesmalige Erneuerung der Investitur die vorhin angefangene Verjährung unterbrochen und das aus den alten Lehnbriefen erhaltene Recht erneuert worden". Dagegen sagt Eichhorn Einl. in das Deutsche Privatrecht §. 238. a. E.: „Doch muß der Lehnsherr bei dem unvordenklichen Besitze des Lehns geschützt werden, sofern nicht eine blos temporäre Consolidation erweislich ist[21], wobei in Beziehung auf theilweise Aufhebung des Lehnsverhältnisses nicht einmal im Wege steht, daß die verloren gegangenen Lehnstücke fortwährend in den Lehnbriefen aufgeführt werden, wenn nicht daraus eine neue Verleihung hergeleitet werden kann". Dieser Behauptung gemäß wurde der erwähnte Rechtsfall von unserm Spruchcollegium entschieden, nachdem derselbe durch den Referenten auf folgende Weise begründet worden war.

Die Lehnserneuerung ist nichts anderes, als Erneuerung der Investitur in Beziehung auf ein schon bestehendes Lehnsverhältniß[22]. Es liegt darin eine Anerkennung und Bestätigung des bestehenden Lehnsnexus, welche mehr der Solennität wegen, als weil sie eine wesentliche Bedeutung hätte, vorgenommen wird[23]; sie ist aber nicht erst Erwerbgrund des Lehns für den Vasallen. Vielmehr erwirbt dieser das Lehn in Folge der ersten Belehnung unmittelbar durch die Succession[24], und der Vasall kann nur das schon erworbene Lehn v e r l i e r e n, wenn er die Lehnserneuerung nicht nachsucht[25]. Die Lehnserneuerung setzt also eine bereits geschehene Erwerbung des Lehns voraus, und ist ungiltig

[21] Ist dieß der Fall, so kann man eigentlich nicht von unvordenklichem Besitze sprechen.

[22] II. F. 42. Investitura de veteri beneficio, quae fit a domino successore vel vasallo successori.

[23] Struvii Syntagma iur. feud. cap. X.: ut sc. mutato quidem vasallo appareat, quod etiam hic vasallus, qui succedit, a domino rem in feudum et tamquam beneficium recognoscat; mutato vero domino appareat, quod dominus, qui succedit, a vasallo agnoscatur, atque ut reverentia debita initio delati feudi a successore vasallo exhibeatur domino aut dominus noviter in dominium directum succedens a vasallo excipiatur debito honore. Cf. G. L. Böhmer Electa iur. feud. tom. II. exerc. V. cap. V. §. 102.

[24] II. F. 11. 33. pr.

[25] II. F. 40.

und unwirksam, wenn der Belehnte nicht wirklich Lehnsberechtigter ist[26]. Als ein Vertrag aber, wodurch irgend auf's neue Rechte und Verbindlichkeiten, die nicht schon gegenwärtig bestehen, begründet würden, kann die Lehnserneuerung überall nicht angesehen werden[27]. Daher soll, wenn die spätern Lehnbriefe von den ältern abweichen, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, regelmäßig diesen vor jenen der Vorzug gegeben werden[28]. Wenn aber in den neuern Lehnbriefen eine Veränderung des Lehns anerkannt ist, so hat diese doch nicht ihren Grund in der Lehnserneuerung selbst als einem neuen Vertrage, sondern geschieht nur in Folge oder Voraussetzung eines andern der Lehnserneurung vorhergehenden rechtlichen Entstehungsgrundes jener Veränderung, z. B. einer giltigen Verabredung. Es wird dazu jedenfalls die entschiedene Absicht des Belehnenden und beziehungsweise des Belehnten, eine solche Aenderung des Lehnsverhältnisses eintreten zu lassen, erfordert, und nur insofern diese Absicht zu erkennen ist, kann jene Veränderung als wirklich und rechtsgiltig eingetreten betrachtet werden.

So wie nun nach dieser Ausführung der jüngere Lehnbrief eine Aenderung des ursprünglichen Lehnsverhältnisses weder begründen noch unbedingt beweisen kann, eben so muß auch behauptet werden, daß die Lehnserneuerung für sich nicht die Fortdauer des ursprünglichen Lehnsverhältnisses in seinem ganzen Umfange begründe oder beweise, wenn auf rechtsgiltige Weise eine Veränderung desselben eingetreten, in dem neuen Lehnbriefe aber dieser Aenderung nicht erwähnt, sondern die Belehnung nach dem Inhalt der ältern Lehnbriefe erneuert worden ist. Ist es doch bei Lehnserneuerungen ganz gewöhnlich, den Inhalt der ältern Lehnbriefe wörtlich in die neuen Lehnbriefe aufzunehmen, und kann daher bei Abfassung derselben um so leichter ein Irrthum sich einschleichen und eine inzwischen eingetretene Veränderung des Lehns übersehen werden.

Nähme man nun an, daß zwischen fürstlicher Kammer und frühern Lehnsbesitzern ein Vertrag dahin abgeschlossen worden, daß der fürstlichen Kammer die ausschließliche Benutzung und Cultivirung der streitigen Waldung zustehen und dagegen den Lehnsbesitzern jährlich eine bestimmte Quantität Holz verabfolgt werden solle; nichts desto weniger aber wäre in den Lehnserneuerungsbriefen jene Waldung noch immer als Theil des Lehngutes aufgeführt worden, so müßte ohne Zweifel deßungeachtet

[26] II. F. pr. Vgl. Böhmer L. c. §. 98 sqq. Eichhorn a. a. O. §. 214.

[27] Vgl. Böhmer L. c. §. 105. Quemcumque casum ponas, quo vel minus vel plus iuris vel maior vel minor obligatio alterutri in renovatione asseritur, id adversus agentium mentem ac proinde ex errore et nulliter fieri apparet.

[28] Struben, Rechtl. Bed. II. 137.

der Kammer das Recht auf die Waldung zugesprochen werden, sofern nur dabei nicht die Absicht des Lehnhofes, auf jenes dem Lehnsherrn erworbene Recht zu verzichten, erwiesener Maßen obgewaltet, sondern derselbe nur eine Erneuerung der Investitur, also eine Bestätigung des gegenwärtigen Lehnsnexus vorzunehmen den Willen gehabt hätte.

Hier sind wir nun auf dem Punkte angekommen, auf welchem wir von der unter a) ausgeführten Ansicht über das Wesen der unvordenklichen Verjährung Gebrauch zu machen haben, um zur Entscheidung der unter b) aufgestellten Frage und so denn auch des vorliegenden Rechtsfalles zu gelangen. Ist nämlich jene Ansicht richtig, so darf nur die fürstliche Kammer den unvordenklichen Besitz des streitigen Rechts erweisen, und es ist dann — natürlich vorausgesetzt, daß ihr Beweis nicht durch Gegenbeweis der Kläger entkräftet wird — eben so gut, als hätte dieselbe irgend einen in unbekannter Zeit eingetretenen rechtlichen Entstehungsgrund ihres Besitzes, z. B. eben einen Vertrag, bewiesen, durch welchen die Abänderung des ursprünglichen Lehensverhältnisses in Ansehung der streitigen Waldung herbeigeführt worden wäre. In Beziehung auf den wegen des unvordenklichen Besitzes praesumendo anzunehmenden Erwerbgrund des freien Eigenthums jener Waldung müßte eben das gelten, was oben in Beziehung auf einen direkt, z. B. durch Urkunde, erwiesenen Vertrag behauptet wurde. Wie also der letzte durch die mit seinem Inhalte nicht harmonirenden jüngern Lehnbriefe seine Wirkung nicht verliert, so muß auch die durch den unvordenklichen Besitz indirekt bewiesene Erwerbung gleicher Maßen noch anerkannt werden, und die Vermuthung, worauf dieser Beweis sich gründet, kann durch die entgegenstehenden Lehnbriefe nicht geschwächt werden.

So wurde denn auch in unserem Falle die Sache von Seiten der beklagten Kammer aufgefaßt, indem sie anführte: es sei kein Zweifel, daß vor Alters zufolge eines Vertrags mit dem Lehnsherrn die streitige Waldung von der Belehnung ausgeschlossen und dem Lehnsherrn wieder anheimgefallen, diese Veränderung im Stande der Sache aber entweder blos durch mündliche Uebereinkunft herbeigeführt worden oder die darüber abgefaßte Urkunde verloren gegangen sei, ohne daß der Lehnhof bei der Lehnserneuerung Notiz davon genommen habe.

Man könnte jedoch der obigen Ausführung noch entgegnen: wenngleich nach vollendeter unvordenklicher Verjährung die irrthümliche Beibehaltung der frühern Form des Lehnbriefes dem wegen jener anzunehmenden rechtlichen Erwerbe keinen Eintrag thun könne, so sei doch das noch zweifelhaft, ob die unvordenkliche Verjährung habe vollendet

werden können, wenn zu einer Zeit, in welcher man sich auf Unvordenklichkeit noch nicht berufen konnte, das alte Lehnsverhältniß durch die Lehnserneuerung in seinem ganzen Umfange wieder anerkannt worden. Und nicht ohne Schein argumentirten in unserem Falle die Kläger auf folgende Weise: Nach der ersten Belehnung habe Klägern unzweifelhaft das dominium utile der streitigen Waldung wirklich zugestanden. Nun liege zwischen der ersten Belehnung und den einzelnen folgenden Lehnserneuerungen nirgend ein so großer Zwischenraum, daß innerhalb desselben unvordenkliche Verjährung möglich gewesen sei. Es sei also z. B. bei der ersten Lehnserneuerung der Kammer das Eigenthum des Waldes noch nicht erworben gewesen, also damals in der Abfassung des Lehnbriefes noch kein Irrthum vorgefallen, sondern vielmehr, trotz dem vielleicht damals schon begonnenen auf keinem rechtlichen Grunde beruhenden Besitze der Kammer, das ursprüngliche Lehnsverhältniß vollaus anerkannt und bestätigt worden. Eben so verhalte es sich von der ersten Lehnserneuerung bis zur nächstfolgenden und sofort bis zur neuesten; es habe also niemals die Wirkung des unvordenklichen Besitzes eintreten können. Allein mit Beachtung des oben Gesagten ist die Richtigkeit dieser Argumentation leicht einzusehen. Es liegt derselben die irrige Meinung zum Grunde, daß innerhalb jener Zeiträume das streitige Recht durch den unvordenklichen Besitz habe erworben sein müssen, während vielmehr der unvordenkliche Besitz beweist, daß in irgend einem Zeitpunkte, es sei nun vor der ersten oder zweiten oder einer folgenden Lehnserneuerung, auf andere rechtsgiltige Weise das Recht erworben worden sei. Zum unvordenklichen Besitze aber gehört nichts, als daß man seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen im Besitze des Rechts gewesen sei. Nicht die Erhebung der Klage oder Protestationen gegen die Rechtmäßigkeit des Besitzes, nicht bloße Störungen desselben, bewirken eine Unterbrechung des Besitzes, wenn nur der Besitzer sich fortdauernd in der Ausübung des Rechts erhält [29]. So hindert denn auch die Lehnserneuerung nicht, daß der ungeachtet derselben fortgesetzte Besitz ein unvordenklicher werde und als solcher die Vermuthung wirke, welche überall durch denselben begründet wird. Nur wenn jedesmal in der Lehnserneuerung eine positive absichtliche Anerkennung des früheren Lehnsverhältnisses enthalten wäre, dergestalt, daß der bisherige Besitz der Fürstlichen Kammer den Lehnsträgern nicht präjudiciren, sondern nichtsdestoweniger das ganze Objekt wieder zu Lehn gegeben werden solle,

[29] Pfeiffer, Pract. Erört. II. S. 24. 26. Thibaut, Besitz und Verjährung II. §. 78. System 8. Aufl. §. 1055. a. E.

nur dann könnte man behaupten, daß die Fortsetzung des Besitzes doch nicht zu unvordenklicher Verjährung habe führen können, weil dann allerdings jede Lehnserneuerung einen neuen Anfangspunkt der Verjährung bilden würde. Allein eine solche Anerkennung kann in der erneuerten Ausstellung des Lehnbriefes nicht gefunden werden. Es ist, wenn nicht besondere Beweisgründe dafür sprechen, nicht anzunehmen, daß der Lehnsherr durch die Lehnserneuerung habe anerkennen wollen, ein ihm bereits erworbener Besitz sei unrechtlich und gebühre vielmehr den Lehnträgern, so wenig wie zu behaupten steht, daß dadurch an den schon vollständig begründeten von dem früheren abweichenden Rechtsverhältnissen etwas habe geändert werden sollen. Da nun dieser Besitz ununterbrochen bis zur Unvordenklichkeit fortgesetzt worden, so muß jetzt die Vermuthung eintreten, daß er auf den Grund einer giltigen Rechtserwerbung angefangen worden sei.

Die Kläger erhoben gegen den gestatteten Beweis unvordenklichen Besitzes auch noch die Einwendung: es sei derselbe schon aus dem Grunde unmöglich, weil durch die vorgelegten Lehnbriefe bewiesen werde, daß in früherer Zeit, wenigstens nach der ersten Belehnung, ein anderes Rechtsverhältniß bestanden habe, also nicht gesagt werden könne, quod contrarii non exstet memoria. Es ist aber leicht einzusehen, daß, wenn diese Einwendung gegründet wäre, konsequenter Weise das Institut der unvordenklichen Verjährung selbst ganz aufgegeben werden müßte. Denn von allen rechtlichen Zuständen ist es ja ohnehin, auch ohne Urkunden, gewiß, daß sie irgend einmal nicht oder anders gewesen sind, und es wäre seltsam, wenn nur gerade der durch Urkunde geführte Beweis, daß früher einmal ein anderer Zustand gewesen sei, die unvordenkliche Verjährung ausschließen sollte. Ja, diese setzt ihrem Begriffe nach voraus, daß etwas anders geworden sei, und begründet die Vermuthung, daß eine Veränderung in bestehenden Rechtsverhältnissen auf rechtliche Weise eingetreten sei; es kann ihr also unmöglich entgegenstehen, daß der Zustand, in welchem etwas verändert worden, durch Urkunden erwiesen ist. Daher wird mit Recht der Gebrauch von Urkunden zum Zweck des Gegenbeweises der Unvordenklichkeit von allen Schriftstellern, welche überhaupt dieselbe anerkennen, beschränkt. Die hominum memoria muß das Maß geben. Urkunden werden also nur in so weit zum Gegenbeweise dienen können, als sie entweder den Anfang des jetzigen Zustandes oder eine Unterbrechung desselben aus der Zeit, welche noch innerhalb der Grenzen menschlicher Erinnerung liegt, bewahrheiten; und nur das mag man mit Pfeiffer S. 77. 78. außerdem noch behaupten, daß auch

Urkunden, welche die Fehlerhaftigkeit oder Widerrechtlichkeit des Anfangs eines noch jetzt fortdauernden Zustandes, wenn gleich in einer über Menschengedenken hinausliegenden Zeit, beweisen, zum Gegenbeweise hinreichen.*

---

9.

## Zur Lehre vom Retentionsrecht.**

Unter diesem Titel erschien zu Oldenburg 1858 eine Schrift von Dr. G. C. Großkopf, Obergerichtsanwalt und advocatus fisci zu Oldenburg (126 Seiten).

„Die Lehre vom sogenannten Retentionsrechte hat im Laufe der Zeiten eine große Reihe selbstständiger Bearbeitungen gefunden": so beginnt diese Schrift. Sie könnte füglich sagen: „eine zu große". Nachdem man einmal das Wort hatte, ist das Retentionsrecht ziemlich entbehrlicher Weise zum Gegenstande einer eigenen Doctrin potenzirt worden, ohne daß die Theorie des Rechts erheblichen Gewinn daraus gezogen, nicht ohne daß eben diese selbständige Bearbeitung mancherlei Mißverständnisse und Irrthümer veranlaßt oder genährt und die juristische Literatur mit unnützem Ballast beschwert hat. Auch nachdem Savigny (das Recht des Besitzes, §. 3 a. E.) ausgesprochen hatte, daß das Retentionsrecht nichts anders sei, als eine doli exceptio, die sich von andern Anwendungen dieser Exception nur factisch und zufällig unterscheide, hat man nicht abgelassen, in eigenen Schriften von unverhältnißmäßig größerem Umfange als wissenschaftlichem Werthe dasselbe als ein besonderes Rechtsinstitut darzustellen, „dessen Hauptzweck darin bestehen soll, ähnlich wie das Pfandrecht, wenn auch in geringerer Potenz, zur Sicherheit für eine Forderung zu dienen". Gegen diese Auffassung, deren verschiedenartige Ausführungen, vorzüglich mit Rücksicht auf die bekannten Schriften von Schenck und Luden, S. 1—11 charakterisirt werden, richtet der Verfasser der vorliegenden Abhandlung einen wohlbewehrten Angriff, und sucht dagegen eine neue Ansicht geltend zu machen. Die exceptio doli, so sagt §. 1, in so großem Gebiet anwendbar, hatte sehr verschiedenartige Wirkungen. Sie konnte Abweisung der ganzen Klage, oder auch, als Organ der Geltendmachung der Compensation, theilweise

* Aus meinen Beiträgen S. 136—160 (1837). Ueber neuere Literatur dieser Lehre s. Lehrb. §. 91. Anm. 1.

** Lehrb. §. 102. Anm. 3.

Condemnation, theilweise Absolution zur Folge haben; sie konnte aber auch namentlich in arbitrariis judiciis die Folge haben, daß der Richter zunächst die Restitution oder Exhibition der Sache dem Beklagten nur unter der Bedingung auferlegte, daß er die ihm entgegenstehende Einrede des dolus beseitige. Das letzte gehört dem eigentlichen Gebiete des Retentionsrechtes an. Nicht überall, wo der Ausdruck retinere vorkommt, darf man an ein Retentionsrecht (in der technischen Bedeutung) denken, z. B. nicht bei L. 13. §. 8. D. de act. emti, wonach der Verkäufer bis zur Anbietung des Kaufpreises quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit. Von einem Retentionsrechte kann nur da die Rede sein, wo der Beklagte „mit seiner exceptio doli nicht die Abweisung des Klägers bezweckt, vielmehr nur auf solchem Wege verlangen darf, nur unter dem Vorbehalte zur Restitution der Sache verurtheilt zu werden, daß ihm dagegen gewisse Bestandtheile seines Vermögens, die in der Sache stecken oder auf diese verwandt sind, vom Kläger ersetzt werden“.

So bezeichnet der Verfasser Seite 15 den Kern seiner eigenen Ansicht. Zu deren Begründung beleuchtet er dann das Verfahren in arbitrariis judiciis, wenn Ersatz von Verwendungen zu leisten war: der Richter habe hier dem Beklagten die Restitution der Sache nur unter der Bedingung, daß ihm der Kläger diesen Ersatz leiste, befohlen, so daß die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu geschehen hatten und nur wenn der Beklagte, ungeachtet der Kläger zum Ersatz bereit war, nicht restituirte, zur Condemnation geschritten wurde (§. 3). Nur auf diesem Wege („nullo alio modo quam per retentionem“) konnte der Besitzer der Sache den Ersatz der Verwendungen erwirken: er hatte dieserhalb keine Forderung, nicht einmal eine naturalis obligatio. Es war nur ein faktisches Verhältniß, welches durch die exceptio doli der Billigkeit wegen geschützt wurde. Der Besitzer hat nämlich faktisch mit und in der Sache zugleich die Verbesserungen, die er durch seine Verwendung bewirkt hat, und die nun als Theile seines Vermögens in der Sache stecken. Er hat faktisch von seinem Vermögen noch nichts verloren. Will nun der Eigenthümer die Herausgabe der Sache, so kann er billiger Weise nicht auch jene Vermögenstheile, weil sie untrennbar damit verbunden sind, dem Besitzer entziehen, und muß daher Ersatz dafür leisten. Aber nicht bloß wegen Verwendungen, auch in anderen Fällen noch ist der Besitzer berechtigt zu behaupten, daß ein Theil des Seinigen in der Sache stecke und kann deßhalb ein Retentionsrecht geltend machen: z. B. wenn der Legatar die Herausgabe einer Sache verlangt,

wovon der Erbe nach der lex Falcidia einen Abzug machen kann. Selbst in denjenigen Fällen aber, wo der Retentor die Sache vermöge eines obligatorischen Rechtsverhältnisses besitzt, das ihm auch eine Klage wegen seiner Verwendungen auf die Sache gewährt, ist es gleichwohl nicht das Forderungsrecht, welches er durch Retention geltend macht, sondern auch hier ist es, wie dort, der Umstand, daß er das Seinige behalten und nicht mit der Sache einen Theil seines Vermögens aus den Händen geben will. Nachdem so der Verfasser (§. 3—6) seine Ansicht dargelegt, zieht er (§. 7) die Folgerung, daß, weil überhaupt keine Forderung, also auch Connexität einer Forderung nicht Voraussetzung des Retentionsrechtes sei, und geht dann (§. 8—12) die verschiedenen, namentlich von Schenck aufgestellten, Kategorien der Connexität der Forderung mit der res retinenda prüfend durch, um zu zeigen, daß in den einzelnen Fällen bald überhaupt kein Retentionsrecht, bald keine connexe Forderung vorliege, und überall des Verfassers Begriffsbestimmung und Theorie sich bewähre; er bestreitet ferner folgerichtig, daß das Retentionsrecht ein accessorisches Recht sei (§. 13), indem der öfter vorkommende Ausdruck „pignoris oder quasi pignoris loco retinere" nur sehr uneigentlich gemeint sein könne, und nichts anderes damit gesagt sein solle, als daß das Zurückbehalten dem Retinirenden sein Recht eben dadurch sichere, daß er das Seinige, das in fremder Sache steckt, in Händen behält und nicht eher herausgibt, bis ihm Ersatz dafür gewährt ist, und zwar, weil sich von der einzelnen körperlichen Sache nichts abziehen läßt, die ganze Sache, in der das Seinige steckt, zurückbehält („manebit in rerum detentatione, donec ei satisfiat", L. 5. pr. D. de impens. 25. 1).

Ist nun das Retentionsrecht zu dem Zwecke gegeben, „damit man behalte, was man hat, so folgt daraus auch von selbst, daß es (?) nur gegen Herausgabe desjenigen, was man in der Sache stecken hat, herausgegeben zu werden braucht" (sic §. 15), daher der Besitzer regelmäßig auch nicht gegen Kautionsleistung früher die Sache herauszugeben angehalten werden kann. Unrichtig übrigens ist auch die Behauptung, daß der Retinent wegen Bewahrung der Sache gleich dem Faustpfandgläubiger verantwortlich sei; das Maß seiner Verantwortlichkeit bestimmt sich nach dem Rechtsverhältniß, wie es ohnehin besteht, und das Retentionsrecht ändert darin nichts, es sei denn, daß er dem Eigenthümer die Herausgabe der Sache gegen Erstattung der Verwendungen angeboten hätte und dieser darauf nicht eingegangen wäre (§. 15). Den Satz ferner, daß die Detention, welche durch das Retentionsrecht erhalten werden

soll, keine unrechtmäßige sein dürfe, widerlegt der Verfasser (§. 16) durch Bezugnahme auf das Recht des malae fidei possessor, den Ersatz nothwendiger Verwendungen durch exceptio doli zu verlangen; er erörtert sodann (§. 17) die Frage, ob Liquidität zur Ausübung des Retentionsrechtes erfordert werde, die er verneint, und bestreitet endlich (§. 18) die Behauptung, daß das Retentionsrecht gegen die Konkursgläubiger nicht geltend gemacht werden könne, worauf er §. 19 die Resultate der ganzen Erörterung resümirt und zu dem Schlusse kommt, daß das Retentionsrecht eine Anwendung der exceptio doli sei, die sich doch nicht bloß, nach Savigny's Ausdruck, faktisch und zufällig, sondern auch in ihrem rechtlichen Erfolge namentlich dadurch von andern Fällen unterscheide, daß hier der Beklagte, soweit nicht sein Ersatzanspruch durch Aufrechnung gedeckt werde, trotz der Einrede bedingungsweise zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen sei.

Dieß ist in kurzem Auszuge der Inhalt dieser Schrift, dem nur noch ein Anhang zu einigen Paragraphen beigefügt ist. Fragt man nun, was davon zu halten, so ist vorerst unbedenklich zuzugeben, daß das Dasein eines eigentlichen und zwar klagbaren Forderungsrechtes nicht Voraussetzung des Retentionsrechtes sei, was aber auch von Niemand behauptet wird. Bedenklicher schon ist die Behauptung, daß nicht einmal eine naturalis obligatio zu Grunde liege. L. 33. D. de cond. indeb. beweist dieß nicht; denn, wenn sie demjenigen, welcher ohne Ersatz für seine Verwendungen dem Eigenthümer die Sache herausgegeben hat, die condictio indebiti abspricht, so geschieht dieß nur, weil dieses Herausgeben gar nicht Zahlung, also auch nicht Zahlung eines indebitum ist; daß aber diese Klage auch nicht stattfinde, wenn Jemand freiwillig (ohne Urtheil) dem Eigenthümer für Nebenforderungen, z. B. für verzehrte oder versäumte Früchte Ersatz in Geld gezahlt hat, ohne den ihm gebührenden Ersatz für Verwendungen in Abzug zu bringen, ist nirgends gesagt. (L. 48. D. de rei vind. bezieht sich gar nicht auf diesen Fall, sondern spricht von der Compensation des Ersatzanspruches für Verwendungen mit dem Werth der genossenen nicht zu erstattenden Früchte.) Und wenn dann der Eigenthümer, nachdem er den Besitz der Sache wiedererhalten, den Ersatz für Verwendungen freiwillig bezahlt, wird man das als Schenkung ansehen? wird man ihm, wenn es aus Irrthum geschah, condictio indebiti geben? wird man Novation, Bürgschaft in Beziehung darauf für unmöglich halten? Mag aber auch eine naturalis obligatio in Abrede gestellt werden, so wird man doch, wie auch der Verfasser gelegentlich dieses Ausdruckes sich bedient, von einem A n s p r u c h

auf Ersatz der Verwendungen gegen denjenigen, der Herausgabe der Sache begehrt, reden dürfen, und nur davon redet der Unterzeichnete im §. 102 der Pandekten, eben so wie Puchta Pand. §. 94, welcher letzte jedoch daselbst in not. 6 statt „Gegenansprüche" auch „Gegenforderungen" nennt. Gibt man nun „Gegenansprüche" zu, so ist auch nicht zu verkennen, daß diese in den Fällen, in welchen wegen solcher die Herausgabe einer Sache einstweilen vorenthalten werden kann, meistentheils mit dieser in Verbindung stehen, damit connex sind, und hat daher auch die Polemik gegen die Connexität nicht viel zu bedeuten, wenn gleich es nicht im Begriff des jus retinendi liegt, daß Connexität des Gegenanspruchs dabei vorausgesetzt werde, vielmehr wirklich ein solches ausnahmsweise auch ohne diese vorkommt.

Was ferner den vom Verfasser aufgestellten Begriff des Retentionsrechtes betrifft, so kann man sich für die Fälle, auf welche er denselben beschränkt, dessen Ausdruck: der Besitzer dürfe die Herausgabe der Sache verweigern, weil etwas von dem Seinigen in derselben stecke, allenfalls gefallen lassen, obwohl er nicht ein besonders technisches Gepräge hat, auch in einem Falle, den der Verfasser Seite 50 und folgende unter diesem Gesichtspunkt auffaßt, nämlich wegen Abzugs der quarta Falcidia, nicht durchaus passend erscheint, namentlich in dem Falle der L. 16 pr. D. ad leg. Falcid., wornach der Erbe, der von mehreren vermachten Sachen einige ohne Abzug hergegeben hat, von den übrigen durch doli exceptio die ganze Quarta retiniren darf, während doch eigentlich nur in jeder ein Theil der ihm gebührenden Quarta steckt. Aber was berechtigt, nur in jenen Fällen ein Retentionsrecht in technischer Bedeutung anzuerkennen, wenn ein retinere einer Sache oder Leistung doch noch in andern Fällen, bis zur Befriedigung für gewisse Gegenansprüche, zugegeben wird? Ist etwa irgendwo ein Begriff des Retentionsrechtes in engerer und eigentlicher oder technischer Bedeutung aufgestellt? Retinere heißt: etwas, eine bestimmte Sache oder auch sonst eine Leistung, zurückhalten, wenigstens einstweilen zurückhalten, obwohl ein Anderer ein Recht darauf haben mag, und wer befugt ist, das zu thun, und ein Rechtsmittel (doli exceptio) hat, die Befugniß geltend zu machen, der hat ein jus retinendi. Es ist kein Grund da, die Befugniß des Verkäufers, die Waare bis zur Anbietung des Preises dem Käufer vorzuenthalten, weniger ein Retentionsrecht zu nennen, als die Befugniß des mit der Eigenthumsklage belangten Besitzers, die Herausgabe der Sache bis zur Anbietung des Ersatzes für Verwendungen zu verweigern. Wenn der Verfasser S. 14 sagt: es folge aus der Natur

des Kaufcontraktes, daß die actio ex emto abzuweisen sei, wenn der Käufer nicht den Kaufpreis anbiete, und es genüge dem Beklagten hier einfach die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Contrakts, so kann man entgegnen: diese Einrede, die in der juristischen Literatur eben so viel unnützen Spuk getrieben hat, wie das sogenannte Retentionsrecht, sei ja nichts anderes, als eine doli exceptio, mittelst welcher hier die Retention der verkauften Sache behauptet werde. Warum ferner soll es weniger ein Retentionsrecht sein, was in L. 26. §. 4. D. de cond. indeb. demjenigen beigelegt wird, der durch datio in solutum für eine irrthümlich zu hoch angenommene Schuld ein Grundstück bekommen hat? warum vollends das bekannte Recht des Pfandgläubigers, das Pfand auch wegen chirographarischer Forderungen zurückzubehalten? (S. 67, 70.) Freilich sagt der Verfasser Seite 14, wenn man den Begriff so weit ausdehne, so ließen sich gar keine allgemeinen Rechtsgrundsätze über das Retentionsrecht aufstellen. Aber das ist auch eine ziemlich überflüssige Sache, ohne daß es deßwegen zu tadeln wäre, „in einem Handbuch des gemeinen Rechtes des Retentionsrechtes überhaupt nur Erwähnung zu thun". Man kann allenfalls Eigenthümlichkeiten, welche gewissen Fällen des Retentionsrechtes gemeinsam sind, hervorheben, z. B. die wegen Ersatzes von Verwendungen; aber willkürlich ist es, nun den Begriff des Retentionsrechtes nur auf die Fälle, in welchen diese Eigenthümlichkeiten vorkommen, zu beschränken. Als Charakteristikon des Retentionsrechtes in seinem Sinne stellt der Verfasser auf, daß der Beklagte bedingt zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen sei, unter der Bedingung nämlich, daß ihm zuvor für das, was von dem Seinigen in der Sache steckt, Ersatz geleistet werde; er läugnet daher einfach das Dasein eines Retentionsrechtes in einer Reihe von Fällen, in welchen zwar dem Besitzer ebenfalls das Retiniren einer Sache, bis er für einen Gegenanspruch befriedigt ist, gestattet, dieses aber in der Weise bewirkt sein soll, daß der Kläger mit seiner Klage auf Herausgabe der Sache, so lange er den Beklagten nicht befriedigt, schlechthin abgewiesen wird: als ob es einen wesentlichen Unterschied in Betreff des Rechtes zu retiniren und für den Begriff des Retentionsrechtes ausmache, ob es durch bloße Versagung der Exekution des auf Herausgabe der Sache lautenden Erkenntnisses oder sogar durch vollständige Abweisung der Klage gesichert sei, ob die Vollziehung oder schon die Verurtheilung durch die Befriedigung des Gegenanspruchs bedingt sei. Der Verfasser hängt so fest an seiner Vorstellung, daß er selbst in einem Falle (L. 8. D. de tritico leg. 33. 6), wo er materiell eine Verwendung auf die Sache anerkennt, der Beklagte

also etwas von dem Seinigen in der Sache stecken hat, dennoch dessen Recht, die Forderung durch doli exceptio abzuwehren, bis er für jene Verwendung Ersatz erhält, nicht als Retentionsrecht anerkennen will, weil nach dem Charakter der Klage (Legatsklage) die doli exceptio nur Abweisung zur Folge hatte (S. 64), freilich, wie er offenbar unrichtig annimmt, wegen plus petitio. Es unterliegt aber auch jenes Charakteristikon sonst noch erheblichen Bedenken. Fassen wir zunächst die Zeit des Formularprozesses in's Auge. Man kann zugeben, daß in arbitrariis judiciis der Richter einen bedingten Restitutionsbefehl an den Beklagten, „wenn dir der Kläger so und so viel als Ersatz für die Meliorationen zu zahlen bereit ist", erlassen konnte; daß es immer so geschah und geschehen mußte, hat der Verfasser S. 15 und folgende nicht bewiesen und läßt sich nicht beweisen; vielleicht eher das Gegentheil. Die doli exceptio in der fraglichen Anwendung lautete: „si in ea re nihil dolo malo Agerii fiat", das heißt, „wenn nicht in diesem Rechtsstreit der Kläger einer Widerrechtlichkeit sich schuldig macht, welche die Verurtheilung des Beklagten unbillig erscheinen läßt". Das war der Fall, wenn der Kläger die Herausgabe der Sache verlangte, aber den Ersatz der Verwendungen, wie ihn der Richter festsetzte, verweigerte. Der Richter konnte erkennen: des Klägers Recht sei begründet (pronuntiatio), der Beklagte habe daher die Sache herauszugeben, aber der Kläger demselben so viel als Ersatz für Verwendungen zu zahlen. Den Kläger dazu condemniren konnte er allerdings (es sei denn in Folge einer actio contraria) nicht; aber begehrte derselbe Vollziehung des Restitutionsbefehls[1] oder Condemnation des Beklagten, ohne seinerseits zu leisten, was ihm auferlegt war, so wurde ihm kein Gehör gegeben, und er war der Gefahr ausgesetzt, durch die damalige kurze Prozeßverjährung der Verfolgung seines Anspruchs ganz verlustig zu werden; verweigerte er aber geradezu den Ersatz, so konnte alsdann der Formula gemäß der Beklagte auch sofort und ausdrücklich absolvirt werden; und darin machte sich dann die eigentliche volle Wirkung der doli exceptio geltend. Doch scheint es nach L. 38. in f. D. de rei vind., daß in Folge freierer Behandlung der mit doli exceptio versehenen Formula dem Richter auch gestattet war, von Restitution absehend den Beklagten ohneweiters zum Werthersatz mit Abzug des Betrages seiner Gegenansprüche zu condemniren, wornach dann derselbe die zu restituirende Sache ganz behielt.

[1] Ich gehe von der Voraussetzung aus, daß auch eine directe Vollziehung wenigstens zu Ulpian's Zeit schon statthaft war, da ich keinen hinreichenden Grund einsehe, L. 68. D. de rei vind. für interpolirt zu halten.

Nehmen wir aber auch jenen bedingten Restitutionsbefehl als das Regelmäßige an, so konnte derselbe ohne Zweifel auch Anwendung finden in Fällen, in welchen der Verfasser ein Retentionsrecht nach seinem Begriff nicht anerkennt; also war jenes nicht etwas Eigenthümliches der Retentionsfälle des Verfassers. Nach L. 7. §. 2. D. de damno infecto soll dem Eigenthümer eines Grundstückes vor geleisteter damni infecti cautio nicht gestattet werden, die Rudera von des Nachbars Grundstücke abzuholen, wenn er nicht de damno futuro et praeterito Kaution leistet. Die Klage, womit er dieses gegen den Nachbarn erstreiten konnte, war die actio ad exhibendum. Diese war arbitraria actio. Also war ein Exhibitionsbefehl am Platze, bedingt dadurch, daß der Kläger Kaution leiste oder sofort zahle. Wenn der Verfasser Seite 60 sagt, von einem Retentionsrechte könne hier keine Rede sein, weil der Nachbar nicht ohneweiters Detentor der übergefallenen Trümmer werde, so übersieht er, daß derselbe, wenn nicht ohneweiters, doch allerdings dann Detentor der Trümmer wird, sobald er deren Hinwegnahme verweigert, bis ihm Ersatz geleistet werde. So ferner in dem Falle der L. 1. pr. D. de pign. 20. 1., nach welcher demjenigen, der sich wissentlich eine Sache vom Nichteigenthümer verpfänden ließ, nachdem der Verpfänder Eigenthümer geworden, zwar nicht utilis hypothecaria actio, aber doch retentio zustehen soll. Die Klage, die der Verpfänder gegen den Pfandbesitzer anstellen könnte, ist die rei vindicatio; der Beklagte stellt ihr doli exceptio entgegen, weil der Kläger selbst ihm die Sache verpfändet und die Schuld noch nicht bezahlt habe. Warum sollte nicht auch hier der Restitutionsbefehl in obiger Weise bedingt erlassen werden können? „Ich befehle dir zu restituiren, falls der Kläger die Schuld zu bezahlen sich bereit zeigt". Zwar sagt der Verfasser Seite 69, der „Beklagte behalte hier die Sache, aber nicht um ein Retentionsrecht daran auszuüben, sondern um sie als Pfand zu behalten und sie nöthigenfalls auch als Pfand zu verkaufen". Aber ein eigentliches Pfandrecht hat er doch nach Papinian's Ansicht nicht, und von einem retinere loco pignoris oder pignoris nomine ist ja nach dem Verfasser Seite 75 und folgende auch in Fällen des Retentionsrechtes nach seinem Begriff wohl die Rede; daher kann auch der Gläubiger durch Verkauf der Sache einen Dritten nicht zum Eigenthümer machen. Sodann in dem Falle des Gordianischen Rescripts (L. un. Cod. etiam ob chirograph. pec. pignus teneri posse 8. 27) ist die Klage des Verpfänders entweder ebenfalls die Eigenthumsklage oder die pigneratitia in personam actio, die letzte, obwohl bonae fidei actio, doch zugleich auch nach des Verfassers gewiß richtiger

Ansicht (S. 74) arbitraria, wornach der Richter zunächst, vor der eigentlichen Condemnatio, die Restitution der Sache auferlegte (vergl. L. 8. pr. D. de pign. act. 13, 7). Wenn es nun sonst Regel war, die Restitution unter der Bedingung vorgängiger Befriedigung des Beklagten für seine Gegenansprüche aufzulegen, so ist nicht der mindeste Grund vorhanden, dieß für den gegenwärtigen Fall in Abrede zu stellen. Das Rescript sagt: „nisi ea quoque pecunia tibi a creditore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris", gerade so wie es in einem Falle, den der Verfasser Seite 20 als eine Hauptstelle für die Construktion seiner Theorie benutzt (L. 29. §. 2. D. de pign.), heißt: „bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus . . . reciperent". Zwar fährt unser Rescript fort: „Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes a u d i r i n o n o p o r t e r e, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt", und der Verfasser Seite 71 glaubt, durch die großgedruckten Worte zu beweisen, daß der Kläger in Folge der doli exceptio mit seiner actio pigneratitia a b g e w i e s e n werde. Allein das beweisen diese Worte nicht; sie sagen nicht mehr, als daß jenes Begehren nicht erhört werden könne, und sie hätten gerade so gut und in demselben Sinne auch in L. 29. §. 2. D. cit. gebraucht werden können. Allerdings, wenn der Kläger es verweigerte, auch die andere Schuld zu zahlen, obwohl der Richter erklärte, daß nur unter dieser Bedingung der Beklagte zur Herausgabe der Pfandsache angehalten werde, so konnte wohl dieser sofort absolvirt werden; ein Restitutionsbefehl und eine Condemnation erfolgte dann jedenfalls nicht: aber ganz dasselbe war gewiß auch der Fall, wenn der Kläger den Ersatz der Verwendungen schlechthin verweigerte. Wenn aber eine solche Weigerung nicht ausgesprochen war, wenn nur der Kläger noch nicht genug gethan hatte, um die Restitution zu erwirken, so ist schlechterdings nicht einzusehen, warum in dem einen Fall die strengere Folge, Abweisung der Klage und Lossprechung des Beklagten, eintreten sollte, wodurch nach damaligem Recht die actio pigneratitia ganz abgeschnitten wurde, im anderen Fall die mildere, nämlich ein bedingter Restitutionsbefehl.

Die Aufhebung des Formularprozesses bewirkte in der fraglichen Beziehung keine wesentliche Aenderung; der bisherige arbitratus judicis war nun Verurtheilung im neuern Sinn, materiell von gleichem Inhalt wie jener, die aber immer noch eine weitere Verurtheilung, gleich der

alten eigentlichen condemnatio, zu entsprechender Geldentschädigung im Gefolge haben konnte. Aber in anderer Beziehung konnte jene Aenderung des Verfahrens von Bedeutung sein. Auch in anderen Fällen, als den ehemaligen arbitrariis judiciis, wurde nun die Condemnation zunächst auf die eigentliche obligatorische Leistung gerichtet. Demnach war nun ein gleiches Verfahren wie in diesen auch in jenen möglich, und wenn auch nicht in stricti juris, so doch in bonae fidei judiciis offenbar auch consequent und angemessen. Wenn z. B. der Käufer auf Tradition der Sache klagte, der Verkäufer diese noch verweigerte wegen mangelnder Zahlung, so konnte nun eben so gut wie wegen zu erstattender Verwendungen eine bedingte Verurtheilung zur Herausgabe (hier Tradition) der Sache, falls nämlich der Kläger den Kaufpreis zu bezahlen bereit sei, stattfinden; es war nicht nöthig, nunmehr wegen noch mangelnder Zahlung des Preises die Klage ganz abzuweisen, wenn auch diese Abweisung wegen einer dilatorischen Einrede jetzt weniger bedenkliche Folgen hatte. Eben so umgekehrt, wenn der Verkäufer auf Zahlung des Preises klagte, und der Käufer vorerst Ueberlieferung der Sache begehrte. Ich denke, es würde auch heutzutage nichts einzuwenden sein gegen ein Urtheil, welches ausspräche: Beklagter sei schuldig, gegen Bezahlung des Kaufpreises die gekaufte Sache an den Kläger auszuliefern, oder umgekehrt: Beklagter sei schuldig, gegen Ueberlieferung der gekauften Waare den Preis zu bezahlen. Und so hätte man denn wieder ein Urtheil, wie es der Verfasser als charakteristisch für die Retentionsfälle nach seinem Begriff bezeichnet, in einem Falle, den er nach Seite 14 nicht dazu rechnet.

Uebrigens knüpft derselbe an die Behandlung eines nahe verwandten Falles noch die Vermuthung, daß behufs des Ersatzes der Verwendungen der Judex wohl auch den Weg eingeschlagen haben möge, den Beklagten zu einer Kaution anzuhalten, daß er, wenn ihm der Werth der Impensen binnen bestimmter Frist erstattet werde, die Sache restituiren werde (S. 18, Anm.*). Der Käufer nämlich, der mit der actio redhibitoria auf Rückerstattung des Preises klagte, mußte gleichzeitig die Rückgabe des Kaufgegenstandes bewerkstelligen. Nun aber fand man es nach L. 26. D. de aedil. ed. 21. 1. mit Recht unbillig, ihn dazu anzuhalten, wenn nicht der Verkäufer den Kaufpreis sofort erlegte, der Käufer also nur auf die am Ende vielleicht erfolglose actio judicati wegen des Preises angewiesen wäre. Daher sollte zwar der Verkäufer dazu verurtheilt, zugleich aber oder vorher dem Käufer die Kaution auferlegt werden, daß er die Sache gegen Bezahlung des Preises in bestimmter Frist restituiren werde. Ein Gleiches nun, meint der Verfasser,

sei auch im obigen Fall wohl anwendbar gewesen. Und dagegen ist auch wohl nichts einzuwenden; man wird überhaupt nicht fehlgreifen, wenn man dem richterlichen Arbitrium eine ziemlich freie Wahl in Ansehung der Mittel, die zur Wahrung der Billigkeit nach Lage der Streitsache geeignet schienen, beilegt. Er konnte dasselbe gewiß eben so auch in dem Falle der L. 23. §. 8. D. eod. gebrauchen, wornach der von dem zu redhibirenden Sklaven bestohlene Käufer „non aliter hominem restituere jubetur, quam si eum indemnem praestiterit". Aber dann wäre ja klar, daß dieselbe Verfahrungsweise, die der Verfasser als das Charakteristische seiner Retentionsfälle anführt, auch in Fällen, die er nicht dazu rechnet (vergl. S. 18, 21), stattgefunden habe.

Wir können diesemnach von der vorliegenden Schrift nicht sagen, daß durch sie die Theorie in der Hauptsache wesentlich gefördert werde. Gleichwohl erkennen wir gern an, daß sie gut gearbeitet ist und insbesondere in ihrem polemischen Theile manche beachtenswerthe Bemerkungen enthält. So unter anderem glauben wir, daß der Verfasser §. 18 ganz mit Recht die Meinung bekämpft, daß gegen die Conkursgläubiger des Eigenthümers der Sache ein Retentionsrecht nicht geltend gemacht werden könne. Ganz mit Recht bemerkt er (S. 93), durch das vorhandene Retentionsrecht des Besitzers werde die rei vindicatio modificirt, und so könnten auch die Conkursgläubiger anstatt des Eigenthümers nur mit derselben Beschränkung dieselbe durchführen, wie denn nach L. 29. §. 2. D. de pign. 20. 1. auch gegen die Pfandgläubiger jenes wirke. Aber der Verfasser selbst stellt damit als ganz ähnlich einen andern Fall zusammen, in dem er ein Retentionsrecht nicht anerkennt, indem er, und zwar unseres Erachtens mit Recht, behauptet, daß nach L. 13. §. 8. D. de act. emti 19. 1. die Conkursgläubiger des Käufers eben so wenig wie dieser selbst mit Erfolg, ohne Zahlung des Preises anzubieten, auf Lieferung der Waare klagen können. Hier ist die actio emti wie dort die rei vindicatio durch doli exceptio beschränkt, und nur mit dieser Beschränkung steht sie den Conkursgläubigern anstatt des Kridars zu. Nicht richtig unterscheidet der Verfasser (S. 97), in dem einen Fall sei die Klage (die actio emti) durch Anbietung des Preises bedingt, im andern Fall durch Anbietung des Ersatzes der Impensen zwar nicht die Klage, aber doch die Condemnatio oder heutzutage die Execution; bedingt ist jene nicht mehr und nicht anders wie diese; beide werden durch doli exceptio nur in ihrem Erfolge gehemmt, wenngleich diese Exceptio bei der actio emti als einer bonae fidei actio nicht in der Formula ausgedrückt zu sein brauchte (L. 25. D. eod.).

Obwohl diese Anzeige schon einen fast ungebührlichen Umfang gewonnen, möge es doch gestattet sein, noch einige specielle Punkte hervorzuheben und genauer zu beleuchten.

Seite 37 bespricht der Verfasser die L. 5. §. 2. D. de doli mali exc. 44. 4. Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille, cui donavi, non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et, cum aedificaverit, nactus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est, an de dolo replicandum est? Dolo enim feci qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas. Ich begreife nicht, wie der Verfasser dazu kommt, vorauszusetzen, daß die geschenkte Sache (ein Grundstück) an sich nicht das Maß der lex cincia überstiegen habe, sondern erst durch die von dem Beschenkten vorgenommenen Verbesserungen die Erhöhung über jenes Maß bewirkt worden sei, und daß nun die replicatio doli nicht bloß deßhalb, weil der Schenker mit dem Schaden des Beschenkten sich bereichern, sondern auch, weil Jener die aus des Letzten Vermögen herfließende Werthvergrößerung der Sache seiner Einrede zum Grunde legen wolle, begründet sei. Wie sollte denn der Schenker dazu kommen, die Schenkung als übermäßige anzufechten, die es zur Zeit der Schenkung nach dem Werthe der Sache nicht war? Dagegen bedurfte es ja gar nicht einer replicatio doli, sondern nur einfacher Verneinung des thatsächlichen Grundes der Exceptio. Die Stelle bietet nach justinianischem Recht einige Schwierigkeiten: wie kann denn nach diesem das Grundstück geschenkt sein ohne Tradition? wie kann ohne diese der Beschenkte petere, das ist vindicare rem donatam? Nach älterem Recht erklärt sich dieß leicht. Der Schenker hatte das Grundstück mancipirt, aber nicht tradirt, ließ jedoch den Beschenkten wissentlich auf demselben bauen und setzte sich dann in den Besitz des Gebäudes: nun stellt der Beschenkte die rei vindicatio an; der Beklagte setzt dieser die exceptio legis Cinciae entgegen; dagegen aber replicirt der Kläger de dolo. Von einem Retentionsrecht ist nun hier zunächst allerdings nicht die Rede, da der Kläger nicht im Besitze der Sache ist. Es liegt hier vielmehr der eigenthümliche Fall vor, daß der Kläger wegen verweigerten Ersatzes der Verwendungen den Besitz erst erlangt, indem durch die replicatio doli der rei vindicatio ihr Erfolg gesichert wird; der Judex wird hier seinen arbitratus vermuthlich alternativ gefaßt haben, der Beklagte solle entweder die Impensen erstatten oder das Grundstück restituiren. Eine Retention würde sich in dem umgekehrten Falle ergeben haben: wenn der Schenker das Grundstück tradirt, aber

nicht mancipirt hatte und nun vindicirte, wogegen exceptio rei donatae et traditae nach dem Recht der lex Cincia nicht schützte, aber exceptio doli wegen Ersatzes der Verwendungen ohne Zweifel stattfand. Vom Standpunkt des justinianischen Rechts könnte man die Stelle nur unter Voraussetzung eines Schenkungsversprechens erklären, auf dessen Erfüllung der Beschenkte dann klage. Aber auch so paßt sie nicht recht in das justinianische Recht; denn nach diesem ist die übermäßige Schenkung und so auch das Schenkungsversprechen, so weit und nur so weit das gesetzliche Maß überschritten ist, ipso jure nichtig und kann also nur bis zu diesem Maße geklagt werden. Sie dient daher nur zum Beleg des Satzes, daß der Beschenkte auf den Ersatz der mit Wissen des Schenkers gemachten Verwendungen, auch so weit die Schenkung als übermäßige ungiltig ist, Anspruch habe, obgleich er die Ungiltigkeit der Schenkung kennt. Uebrigens ist L. 5. §. 2. cit. vermuthlich bedeutend interpolirt worden.

Im §. 5, welcher von dem Retentionsrecht im Erbschaftsstreite handelt, berührt der Verfasser gelegentlich die L. 49. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. und L. 50. §. 1. D. de hered. pet. 5. 3., welche im Widerspruch mit L. 33. D. de cond. indeb. 12, 6. demjenigen, der fremde Geschäfte als vermeintlich seine eigene geführt hat, nicht bloß Retention, sondern auch negotiorum gestorum actio auf Ersatz beizulegen scheinen. Der Verfasser widmet diesen Stellen im Anhang Seite 103 und folgende noch eine besondere Erörterung. Die L. 49 betreffend schließt er sich der Erklärung von Unterholzner und Sintenis an, wornach für denjenigen, welcher eine fremde Schuld als vermeintlich seine eigene bezahlt hat, die actio negotiorum gestorum gegen den wahren Schuldner dann und deßhalb begründet ist, wenn und weil er auf die Rückforderung gegen den Empfänger verzichtet und so jenen liberirt, also eben dadurch dessen negotia gerirt. Die L. 50. §. 1. cit. aber versucht er auf eigene Weise zu erklären, um ihr den Charakter der Singularität, den Andere darin gefunden, zu benehmen. Die Stelle behandelt den Fall, wenn der Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben conditionis implendae causa dem Erblasser auf seine Kosten ein Monument gesetzt und nun die Erbschaft demselben durch einen Andern, z. B. wegen Ungiltigkeit des Testaments durch die Intestaterben, abgestritten wird. Hier soll jener, so entscheidet Papinian, die nicht übermäßigen Kosten entweder retiniren oder „velut hereditario negotio gesto“ durch negotiorum gestorum actio zurückfordern können: „quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali

auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis". Den Grund dieser Entscheidung erklärt der Verfasser folgendermaßen: Die Errichtung des Monuments ist dem eingesetzten Erben als (potestative) Bedingung des Erwerbs der Erbschaft gesetzt. Als er das Monument errichtete, stand er also noch außerhalb der Erbschaft. Er vollzog dadurch, wenn gleich in eigenem Interesse, den erklärten Willen des Erblassers. Die Vollziehung dieses Willens hatte er zunächst im Auge, wohl mit der Aussicht, dafür in der Erbschaft Ersatz zu finden, aber nicht mit der Absicht, weder bloß für sich, in eigener Angelegenheit, zu handeln, noch auch ein freiwilliges Opfer zu bringen. Wenn gleich nun er selbst wie der Erblasser in Ansehung der Giltigkeit des Testaments sich irrte, so hat er doch gewissermaßen die Erbschaft obligiren wollen, „ja den Testator selbst, sofern dessen Persönlichkeit noch mit der von Niemanden angetretenen Erbschaft verbunden gedacht wurde. Man kann von ihm analog sagen, was L. 1. D. de religios. 11. 7. in Betracht der Leichenbestattung ausspricht: Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere videtur, non cum herede. Demnach ist also velut hereditarium negotium gestum, das denn der wahre Erbe als für sich verbindlich anerkennen muß". — Die Erklärung ist sinnreich und unseres Erachtens andern Erklärungsversuchen vorzuziehen. Freilich darf man dabei das Erforderniß des animus obligandi nicht zu streng nehmen; denn dieser lag der Errichtung des Monuments offenbar nicht zum Grunde. Aber mit Recht bemerkt Dankwardt, die negotiorum gestio, S. 30, daß man jenes Erforderniß wesentlich nur als das der Abwesenheit des animus donandi aufzufassen habe, und von einem animus recipiendi (L. 11. Cod. h. t.) könnte man ja in so fern allerdings reden, als der vermeintliche Erbe in der Erbschaft selbst den Ersatz für seine Auslagen zu finden erwartete.

Im §. 9 bestreitet der Verfasser das von den Meisten, namentlich auch von Schenk, behauptete Retentionsrecht wegen solcher Gegenansprüche, welche durch actio contraria geltend gemacht werden können, so fern sie nicht in Verwendungen auf die zu restituirende Sache ihren Grund haben; eben so in §. 10 das Retentionsrecht in Ansehung einer Sache, durch welche dem Detinenten ein ihm zu ersetzender Schaden zugefügt worden. Auch diesem Punkte ist im Anhang noch eine nachträgliche Erörterung gewidmet (S. 117 und folgende). Der Verfasser setzt den Fall: es sei dem Pfandgläubiger oder Commodatar durch den verpfändeten oder geliehenen Sklaven ein Schaden zugefügt, sei es, daß dem andern Contrahenten deßhalb eine Schuld zur Last falle oder nicht. Hier habe

jener im ersten Falle die contraria actio schlechthin auf Schadenersatz, im andern Fall die contraria actio und die noxalis actio auf Schadenersatz, aber mit dem Recht des Gegners, statt dessen den Sklaven noxae zu geben oder zu überlassen [2]. Komme nun der Gegner dem Detentor zuvor mit Anstellung der directa actio auf Herausgabe des Sklaven, so könne man vorerst im letzten Fall, wenn kein Verschulden desselben vorliegt, einen Dolus des Klägers weder darin finden, daß er sich mit dem Schaden eines Andern bereichern wolle; das könnte er ja nicht, weil noxa caput sequitur; noch darin, daß er petit quod redditurus est; denn es stehe noch in seiner Wahl, ob er den Schaden bezahlen oder den Sklaven noxae geben wolle. Im andern Fall, wenn der Kläger in Schuld ist, sei dieser freilich für den vollen Schaden verantwortlich: „aber verpfändet war damit doch die Sache für den Schaden nicht, und das bloße Zurückhalten derselben, während der Detentor weder etwas Eigenes daran zu haben behauptet, noch sie sich als Schadenersatz aneignen darf, hat keinen Sinn"; eine doli exceptio würde hier auch nur zur Abweisung der Klage führen können.

Diese Argumentation scheint mir aber durchaus verfehlt. Hat es denn keinen Sinn, wenn der Beklagte sagt: „der Kläger hat mir den Schaden zu ersetzen; es ist unbillig, daß er vorerst die Herausgabe der Sache begehrt, ohne dieser Verbindlichkeit zu genügen; zu meiner Sicherheit will ich einstweilen den Sklaven behalten"? Gibt ja doch der Verfasser selbst zu, daß dieß in einer Reihe von andern Fällen wirklich vorkommt. Und dann: warum könnte hier die doli exceptio nur zur Abweisung der Klage führen, wenn sie, wie der Verfasser behauptet, auch die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache unter der Bedingung, daß ihm Ersatz geleistet werde, zur Folge haben **kann**? Eine formelle Exceptio war hier überall nicht erforderlich; der bona fides konnte aber eine so bedingte Verurtheilung wohl entsprechend gefunden werden. Und wenn jenes richtig ist, so dient doch die doli exceptio immerhin als Organ der Geltendmachung eines Retentionsrechtes, indem nicht einmal ohne Gefahr völliger Abweisung geklagt werden kann, ohne zugleich den Ersatz anzubieten. Der Verfasser läßt sich hier wieder von seinem selbstgemachten Begriff des Retentionsrechtes beherrschen. Auch im ersten Fall läßt sich eine Unbilligkeit des Klägers noch wohl heraus-

[2] L. 51. §. 1. 3. D. de furt. 47. 2. L. 22. D. commod. 13. 6. Die letzte Stelle gibt zwar die contraria commodati actio nur, wenn der Commodant in dolo war; aber L. 61. §. 1. verglichen mit §. 3. gestattet die contraria pigneratitia actio mit der angegebenen Alternative auch ohne solche Voraussetzung, und ein Unterschied zwischen beiden Klagen kann in dieser Beziehung doch nicht angenommen werden. Uebrigens ist die noxalis actio auch im ersten Fall nicht ausgeschlossen.

finden. Der Beklagte kann sagen: der Kläger müsse ihm entweder den Schaden ersetzen oder den Sklaven noxae causa überlassen; es sei daher unbillig, die Herausgabe desselben zu verlangen, wenn er nicht das Erste wähle und zum Ersatz sofort sich bereit erkläre.

Demnach bleibt als einziges Argument für die Verwerfung des Retentionsrechts in den fraglichen Fällen nur das rein negative übrig, daß sich keine Belegstellen dafür finden, wie der Verfasser in §§. 9, 10 behauptet, und daß es, wie er Seite 118 bemerkt, selbst da nicht erwähnt wird, wo doch dazu nahe Veranlassung gegeben war; z. B. in L. 53. §. 4. L. 61. §. 1. D. de furt. 47. 2., während in Betreff von Verwendungen, z. B. in L. 8. pr. D. de pignorat. act., gesagt werde: „non tantum retentionem sed etiam pigneratitiam actionem habere". Allein in dieser Stelle spricht sich vielleicht die Ansicht aus, daß man wegen solcher Gegenansprüche, die man sogar durch actio contraria selbständig verfolgen könnte, noch vielmehr zur Retention berechtigt sei, und der unmittelbar folgende §. 1. der L. 8. cit. gibt ausdrücklich ein Retentionsrecht in einem Falle, den der Verfasser Seite 57 nur seinem vorgefaßten Begriffe zu Liebe und gezwungener Weise unter den Gesichtspunkt einer Verwendung auf die zu retinirenden Pfandsachen bringt. Geht man nicht von jenem vorgefaßten Begriffe aus, faßt man die sämmtlichen Stellen, welche der Verfasser in §§. 9, 10 bespricht, dazu auch die Seite 120 und folgende erörterte L. 11. D. de noxal. act. 9. 4., zusammen in's Auge, und erwägt man zudem die Natur und den Gang der auf Restitution einer Sache gerichteten bonae fidei judicia, in welchen eine contraria actio vorkommen konnte, so kann man meines Erachtens nicht umhin, an der herrschenden Meinung festzuhalten. Man muß sich nämlich vergegenwärtigen, einmal, daß schon zur Zeit des Gaius in bonae fidei judiciis allgemein Compensation der Gegenforderungen ex eadem causa zugelassen war, sodann, daß die Formula in allen Fällen schließlich auf eine Condemnation in Geld hinausging. Mit Rücksicht auf das letzte konnte unzweifelhaft der Beklagte, der es unterlassen hatte, contraria actio anzustellen (die demselben Judex zur Verhandlung überwiesen sein würde), und zwar auch ohne die Aufnahme einer doli exceptio erwirkt zu haben, seine Gegenansprüche in judicio mit dem Begehren geltend machen, daß unter Berücksichtigung derselben die eventuelle Condemnation gemindert werde oder auch nach Umständen ganz unterbleibe. Wird nun auch zugegeben, daß auch in bonae fidei judiciis ein arbitratus de restituendo stattfinden und sogar wo möglich direkt exequirt werden konnte, wie nach L. 68. D. de rei vind. im

Eigenthumsprozeß: so war doch nichts natürlicher und dem Charakter des bonae fidei judicium entsprechender, als daß der Judex solchen Restitutionsbefehl nicht anders erließ oder demselben wenigstens nicht anders eine weitere Folge gab, als unter der Bedingung, daß der Kläger dem Beklagten denjenigen Ersatz leiste oder wenigstens Sicherheit dafür bestelle, dessen Betrag bei der in subsidium eintretenden Compensation in Abzug zu bringen wäre. Darnach gewinnt die L. 18. §. 4. D. commod. 13. 6. (Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam directo judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis compensationis) auch für das Retentionsrecht eine größere Bedeutung, als ihr der Verfasser Seite 57 zugestehen will, und es erhellt, daß Glück, obwohl er damals von obigem Zusammenhange noch keine Kunde hatte, nicht so weit fehlgriff, indem er sich darauf berief. J u r e  p e n s a t i o n i s konnte der Beklagte id salvum habere, d. h. weil er ein Recht auf Compensation in der eigentlichen Condemnation, und daher der Richter auch bei dem vorgängigen Restitutionsbefehl darauf Bedacht zu nehmen hatte. Das wird auch durch das Folgende bestätigt, worin das Bedürfniß der contraria actio für den Fall nachgewiesen wird, wenn ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est; denn daraus läßt sich schließen oder wenigstens vermuthen, daß, wenn de restitutenda re geklagt war und wenn selbst wirklich durch den Richter die Restitution erlangt wurde, der Beklagte doch rücksichtlich seiner Gegenansprüche sichergestellt war. Dagegen erregt die L. 4. Cod. de commodato. 4. 23. (Praetextu debiti restitutio commodati non prohabiliter recusatur) nicht das mindeste Bedenken; sie erklärt nur die Vorenthaltung der geliehenen Sache mit Rücksicht auf irgend eine mit dem Commodatum nicht zusammenhängende Schuldforderung des Beklagten, wofür dieser jene willkürlich gleichsam als Pfand behalten wollte, für unzulässig. *

---

Ein weit günstigeres Urtheil über die oben recensirte Schrift fällt Harder im Arch. f. civ. Praxis Ll. S. 113. Er findet Großkopf's Auffassung und Entwickelung im allgemeinen den römischen Rechtsansichten völlig entsprechend, und tadelt nur, daß er im Widerspruch mit seiner eigenen vortrefflichen Darstellung das Erforderniß der Connexität bestreite, scheint aber den vorstehenden Aufsatz nicht gekannt zu haben.

* Aus Haimerl's österreichischer Vierteljahrschrift II. Literaturblatt S. 7—20. (1858).

## 10.

## Bona fides Erforderniß der Klagenverjährung? *

De bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. Pro impetranda legendi venia scripsit Carol. Hildenbrand, phil. et j. u. Dr. München, (Lit.=art. Anstalt,) 1843. 58 S. 8°.

Schriftstellerische Versuche, die, wie die vorliegende Abhandlung, nur, um einer akademischen Anforderung zu genügen, herausgegeben werden, pflegt man selten mit der Erwartung zur Hand zu nehmen, daß man darin bedeutende neue Beiträge zur Aufhellung einer Lehre finden werde. So werden auch die Meisten in dieser Gelegenheitsschrift vielleicht nichts Anderes als eine nach Savigny's lichtvoller Behandlung dieser Frage entbehrliche Retractation der alten Controverse erwarten. Allein dieses Schriftchen macht eine ehrenvolle Ausnahme von jener Regel. Der Verf., der schon früher durch eine gekrönte Preisschrift über die purgatio canonica und vulgaris (München, 1841.) und seine Diss. inaug. de iureiurando, quod ad diluendam criminum suspicionem receptum est, ex Legistarum doctrina oriundo, einen erfreulichen Beweis seiner Bekanntschaft mit dem canonischen Recht und mit der Jurisprudenz des Mittelalters, so wie seiner Fähigkeit zu schriftstellerischer Production geliefert hat, gibt uns in dieser neuen Arbeit einen in der That recht schätzenswerthen Beitrag zur Geschichte der durch den Titel bezeichneten Streitfrage. — Der Verf. gibt zuerst Andeutungen darüber, wie die römischen Bestimmungen über Verjährung im ältern canonischen Recht vor Gratian angewendet wurden, und geht dann über zur Behandlung dieser Lehre durch die Doctores Bononienses und die Ausbildung des allgemeinen umfassenden Begriffs *Praescriptio*. Dabei ist namentlich hervorzuheben die Bemerkung über cap. 3. de R. J. in 6to „sine possessione praescriptio non procedit". Bekanntlich legt Savigny (V. S. 333) die Autorschaft dieses Satzes dem Dinus bei, welcher nur unüberlegter Weise in L. 25. D. de usucap. für das Wort usucapio das damals schon gangbare praescriptio gesetzt habe, ohne zu bemerken, daß nun der Ausdruck zu allgemein sei und z. B. die Verjährung der Darlehnsklage ausschließe. Nun aber macht uns Hildenbrand auf eine Stelle aus des Dinus Lectura de R. J. in 6to aufmerksam, woraus hervorgeht, daß derselbe jenen Satz mit voller Ueberlegung auf alle Arten der

* Lehrb. §. 109. Anm.

Verjährung bezogen habe, indem er überall wenigstens quandam quasi possessionem incorporalium voraussetzte. Zwar ist in den (p. 17.) angeführten Worten desselben nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß er bei den Incorporalia auch an bloße Schuldklagen gedacht habe; allein man kann dieß mit Grund wohl nicht bezweifeln, wenn man bedenkt, daß im römischen Recht auch die obligationes zu den res incorporales gerechnet werden, und daß auch Accursius mit aller Bestimmtheit bei persönlichen Schuldklagen eine quasi possessio annimmt. Hierdurch ist also die Meinung, daß praescriptio im canonischen Rechte vorzüglich nur die usucapio bezeichne, noch vollständiger als durch die Bemerkungen von Savigny a. a. O. widerlegt. — Hierauf wendet sich der Verf. zu dem besondern Erforderniß der bona fides bei der Verjährung, und gibt in Kürze die betreffenden Grundsätze des römischen Rechts, dann die durch die Lehre der Bologneser Rechtsschule bestimmte Darstellung des Gratian, und endlich die bekannten abändernden Decretalen an. — In Cap. II. „referuntur praecipuae interpretationes capitis ult. X. de praescript. hucusque in medium prolatae". Es enthält eine von selbständiger Benutzung der Literatur, besonders auch der ältern und canonistischen Literatur zeugende Uebersicht der verschiedenen Meinungen, und eine gedrängte Zusammenstellung der Gründe, welche für die weitere oder engere Erklärung der fraglichen Decretalen geltend gemacht werden. — Dann aber folgt in Cap. III. „novum interpretandi cap. cit. tentamen" (p. 38—58.), und dieser Theil des Büchleins enthält dasjenige, was, soviel Ref. sieht, dem Verf. als eigenthümliches Verdienst zugesprochen werden muß. Um es mit einem Worte zu sagen: er führt den Beweis, daß das dem Papst Alexander III. zugeschriebene cap. 5. X. de praescript. ein unächtes Machwerk eines Canonisten sei, welches der von Gratian aufgenommenen Doctrin über bona und mala fides bei der Verjährung entgegentreten sollte. Gerade der Umstand, daß im Decretum so unumwunden in gewissen Fällen ungeachtet anfänglich vorhandener oder später eingetretener mala fides die Möglichkeit eines Verjährungsschutzes anerkannt war, konnte leicht eine Opposition hervorrufen, die darin eine Begünstigung der Unredlichkeit erkannte. Dafür fand man einen Anhaltpunkt in einer Bemerkung des Augustinus (de fide et operib. cap. 10.), worin die Frau, die unwissend mit einem fremden Ehemann eine Ehe eingegangen ist, nach erlangter Wissenschaft aber dieses Verhältniß nicht abbricht, mit dem Besitzer verglichen wird, der den Besitz nicht aufgibt, nachdem er erfahren hat, daß die Sache einem Andern gehöre, und der daher tunc malae fidei possessor

perhibetur, tunc iuste iniustus vocatur. Vielleicht dadurch angeregt, erdichtete nun, so vermuthet unser Verf., ein Canonist eine Sentenz, die er einer alten angesehenen Autorität in den Mund legte, um dadurch die Gratianischen Grundsätze anzufechten. In der unter dem Titel Appendix Concilii Lateranensis bekannten Canonsammlung finden sich nämlich zwei capita; das eine (cap. 5.) mit der Ueberschrift: Item gloriosus Clemens in libro stromatum, das andere (cap. 7.) ohne Ueberschrift. Beide gingen in spätere Sammlungen über und so auch in die Decretalensammlung Gregor's IX., wo das erste dem Papst Alexander III., das andere als cap. 3 X. de praescript. dem Gregorius beigelegt ist. Daß nun aber jenes in der That nicht Alexander dem Dritten angehört, so wenig wie man Gregorius für den Urheber des andern halten kann, das ist vorerst schon sehr wahrscheinlich wegen der wunderlichen und corrupten Fassung der Stelle, wenn man dieselbe mit ächten Decretalen desselben Papstes vergleicht; es wird zur Gewißheit durch die Nachweisung, wie der Irrthum entstanden ist. In der genannten Appendix folgen nach einander vier Decrete von Alexander III., überschrieben Alexander III. Salernitano archiepiscopo; *Idem* Cistrensi decano; *Idem* Remensi archiepiscopo; *Idem* Abbati et monachis Sancti Andreae; und dann schließt sich an cap. V. *Item* gloriosus Clemens in libro stromatum. Nun brauchte nur Jemand *Idem* statt *Item* zu lesen und zu schreiben, so war auch diese Stelle demselben Papste beigelegt, und so ist dieser in der Folgezeit für deren Urheber gehalten worden. Daß aber auch nicht Clemens Alexandrinus, dem in der Appendix die Stelle zugeschrieben wird, der Urheber derselben sein könne, ist ganz offenbar, da Clemens, im zweiten Jahrhundert lebend, nicht schon von der im fünften Jahrhundert eingeführten dreißigjährigen Verjährung reden konnte. Es ist daher sowohl dieses als auch das cap. 7 cit. der Appendix mit aller Wahrscheinlichkeit für falsch und untergeschoben zu halten, um so mehr, als auch diese Sammlung überhaupt wenig Zutrauen verdient. Der Erfinder wollte die Autorität der ihm als sündhaft anstößigen Gratianischen Verjährungslehre durch fremde Autorität untergraben. Er fabricirte daher mit Hilfe eines Canon des Concilium Chalcedonense (p. 8.) das cap. VII. cit., indem er statt *sine vi* (*ἀβιάστως*) setzte *quiete et sincere*, und unter Benutzung der erwähnten Stelle des Augustinus das cap. 5 cit., quod quidem perfecit tam anxie in Augustini verbis haerens, ut et ipsam conditionalem eius loci structuram „*cum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit* etc.“ paene ridiculo modo in figmentum

suum retulerit; fügte aber, um auch bei der dreißigjährigen Verjährung der mala fides entgegenzutreten und die von Gratian nach der herrschenden Doctrin angenommene Ansicht, daß die dreißigjährige Verjährung nur odio negligentis eingeführt sei, zurückzuweisen, auf sehr ungeschickte Weise den Schlußsatz hinzu: *Ephesinus enim legislator* etc. Und damit nicht Jedermann sogleich den Anachronismus bemerke, wenn er diese Entscheidung dem Clemens Alexandrinus zuschreibe, so vermied er wohlweislich den Namen Theodosius II., sondern bezeichnete diesen mit dem mystischen Prädikat „Ephesinus legislator", ja nannte ihn sogar noch, um die Täuschung zu vollenden, „*Origenis patruus*", wohl wissend, daß Origenes ein Schüler des Clemens gewesen, dieser also und des ersten Oheim ungefähr Zeitgenossen sein mußten — neque ita inscriptio *ἀναχρονίζειν* videbatur. — So begründet der Verf. seine Vermuthung, daß die fragliche Decretale ein falsches Machwerk sei, und man muß gestehen, daß diese Ausführung weit überzeugender ist, als alle die verzweifelten Versuche, die Einzelheiten der corrupten Stelle zu erklären. — Durch die Verbreitung dieser falschen Sätze nun, so fährt der Verf. fort, wurde die Festigkeit der von Gratian gelehrten Grundsätze alterirt, und um dieser Unsicherheit ein Ende zu machen, wurde dann die Entscheidung durch Concilienbeschluß hervorgerufen, die im cap. ult. X. de praescript. enthalten ist, und durch die Worte: „*synodali iudicio diffinimus*" selbst zu verstehen gibt, daß sie durch einen Streit über die Frage veranlaßt sei. — Zum Schlusse endlich macht der Verf. noch von seiner Entdeckung Gebrauch zum Zwecke der praktischen Auslegung der besprochenen Stellen, und zwar spricht er sich dahin aus, daß er dadurch die von Savigny (früher besonders von Cocceji) vertheidigte Meinung noch mehr befestigt und unterstützt halte, was jedoch mehr nur angedeutet als einleuchtend ausgeführt ist. — Im Ganzen verdient die kleine Schrift, zumal als Probearbeit eines erst die Gestattung zum Lehrfach nachsuchenden jungen Gelehrten, alle Anerkennung. Auch ist sie in löblichem Latein geschrieben, aber leider durch viele Druckfehler entstellt *.

---

Die oben bezeichnete Habilitationsschrift hat der Verfasser in deutscher Sprache neu bearbeitet im Arch. f. civ. Prax. XXXVI. 2. S. 27—49.

* Rec. in d. kritischen Jahrb. von Richter und Schneider, Jahrg. VII. S. 561—563. (1843.)

11.

# Zur Lehre vom Fruchterwerb.

Recension der Schrift: Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Zwei civilistische Abhandlungen unter Berücksichtigung der modernen Gesetzgebungen, herausgegeben von H. Janke, Preuß. Justizassessor. Erlangen 1862. (310 S.) *

Civilistische Abhandlungen, als deren Verfasser ein praktischer Jurist sich zu erkennen gibt, nehme ich mit einer gewissen Vorliebe zur Hand, theils weil es an sich erfreulich ist, wenn Praktiker sich bei der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts betheiligen, theils weil der Theoretiker bei ihnen manche Belehrung aus der praktischen Anschauung des Rechtslebens zu finden erwarten darf. In so günstiger Stimmung habe ich auch die oben bezeichnete Schrift aufgenommen, die schon nach ihrem Umfange eine gründliche Untersuchung über zwei vielbesprochene Fragen zu versprechen scheint. Leider muß ich sagen, daß bei näherer Einsicht des Buches diese Erwartung sich nicht befriedigt findet. Daß die Darstellung „zu ausgedehnt und manche Wiederholungen hin und wieder bringend scheinen möchte", hat der Verfasser selbst empfunden; er entschuldigt es am Ende der Vorrede mit der guten Absicht, auch der jüngern rechtsgelehrten Welt das Werk mit Vortheil zugänglich zu machen, hoffend, „daß es dem Einen und dem Andern darunter als Muster einer auf der historischen Grundlage basirten modernen rechtswissenschaftlichen Forschung und Bearbeitung römisch-rechtlicher Materien vielleicht nicht ungeeignet sich erweisen möchte". Aber jenes ist nicht der einzige Fehler des Buches; es leidet auch an Schwerfälligkeit und Unklarheit der Darstellung und, was die Hauptsache ist, an offenbaren Fehlgriffen und daher unzweifelhaften Unrichtigkeiten in den Resultaten der Untersuchung, so daß es in jeder Beziehung bedauerlich wäre, wenn des Verfassers Hoffnung sich erfüllte, wenngleich seinem Fleiße ein Lob nicht zu versagen ist.

Zunächst die erste Abhandlung (S. 1—185) ist in der Hauptsache gewiß verfehlt. Nach Erörterung der Vorbegriffe (über Frucht, Sklavenkind, Unterschied zwischen beiden, S. 4—19) bespricht der Verf. A. den historischen Entwicklungsgang des bonitarischen Eigenthums; B. das Fruchtrecht im Zeitalter der classischen Juristen, worin ein historischer Theil S. 36—61, und ein dogmatischer S. 61—130 unterschieden sind,

* Lehrb. §. 156. Anm. 3. f.

C. das Fruchtrecht nach justinianischem Rechte (S. 130—169), D. das Fruchtrecht nach heutigem gemeinem Rechte (S. 169—177), E. die modernen Gesetzgebungen (S. 177—185). In dem Abschnitte A. begegnen wir nun sofort dem πρῶτον ψεῦδος, daß der als Rechtsbegriff anerkannte und mit besondern rechtlichen Folgen ausgestattete Besitz bis in die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit hinein nichts anderes als das unter dem Namen „in bonis habere" ausgebildete sogenannte prätorische Eigenthum gewesen sei (S. 23), das später zu vollem Eigenthum erhoben wurde, in Folge dessen „sich nun erst der Begriff des Rechtsbesitzes als solcher naturgemäß aus dem Gegensatze zu diesem letztern ausbilden mußte". Das Verhältniß jenes sog. prätorischen oder bonitarischen Eigenthums zu dem civilen Eigenthum im classischen Recht denkt sich der Verfasser so, daß jenes gegenüber oder auch nur neben dem letzten keine Geltung gehabt habe, vielmehr der civile Eigenthümer auch gegen den bonitarischen durch rei vindicatio die Herausgabe der Sache erzwingen konnte (S. 33). Diese Ansichten zu widerlegen, hieße wahrlich oleum et operam perdere. Den Verfasser stört in seiner Auffassung weder der Name: nudum ius Quiritium, noch die mehrmals von ihm angeführte L. 52. D. de acquir. dom., wornach wir nur dann rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus, noch Gaius und Ulpian, welche dem bonitarischen Eigenthümer mit Ausschluß des quiritischen die Gewalt über den Sklaven beilegen und allen Erwerb durch diesen zusprechen, denjenigen, cuius in bonis servus est, von dem, welcher ihn nur bona fide possidet, deutlich unterscheiden, demjenigen, qui nudum ius Quiritium in servo habet, selbst weniger Recht als dem bonae fidei possessor zuerkennen, weil jenem placet ex nulla causa adquiri posse (Gai. I. 54. II. 88. 92. III. 166. Ulp. XIX. 20. 21.). Alle diese Stellen benutzt der Verfasser und dennoch — man sollte es nicht für möglich halten — stellt er obige Ansicht auf, und auf diesen Grundirrthum fußend erscheint denn auch im Abschnitt B bezüglich des Fruchtrechtes der bonitarische Eigenthümer als identisch mit dem bonae fidei possessor, und erwirbt derselbe an den Früchten auch nur ein bonitarisches Eigenthum, wie es ihm an der Hauptsache zusteht, ein bloß provisorisches oder einstweiliges Eigenthum, so zwar, daß er, vom civilen Eigenthümer belangt, wie die Hauptsache so auch die noch vorhandenen Früchte herausgeben muß, nur für die verzehrten Früchte keinen Ersatz zu leisten schuldig ist. In diesem Sinne werden die bekannten Pandektenstellen über den Fruchterwerb vom

Standpunkt des älteren Rechts interpretirt. Erst im justinianischen Recht haben sie einen andern Sinn erhalten, indem nun, was die classischen Juristen vom bonitarischen Eigenthümer verstanden hatten, auf den einfachen bonae fidei possessor übertragen wurde. Der Verf. bezeichnet (S. 143) dieses Recht des redlichen Besitzers als eine letzte zufällig im Verkehrs- und Rechtsleben des Volkes aufrecht erhaltene Spur von dem früheren „zweigetheilten Eigenthum", als ein zwar für sich selbständiges und materiell wirksames Eigenthumsrecht an den Früchten, das aber dem klagenden Eigenthümer des Bodens gegenüber als minder berechtigt sich erweist, wenn der Besitzer nicht inzwischen durch Consumtion oder Specification die Früchte vollständig gewonnen oder durch Usucapion sein Recht in unanfechtbares Eigenthum verwandelt hat. So kommt er auf einem sehr wunderlichen Wege praktisch zu demselben Resultat, das schon Andere angenommen haben (vgl. meine Pand. §. 156. Anm. 3. d.). Jedoch nur von Bodenfrüchten soll dieß gelten. Anders verhält es sich in Betreff der Früchte und Geburten von Nutzvieh (S. 149 fgg.). Darüber haben wir eine kaiserliche Entscheidung in L. 28. D. de usur. 22. 1., wornach daran der redliche Besitzer sofort das volle und unwiderrufliche Eigenthum erwirbt. Eine kaiserliche Entscheidung in L. 28. cit., die nach der Ueberschrift aus Gai. lib. II. rer. quotid. entlehnt ist? so wird man erstaunt fragen. Ja wohl: denn der Verf. hat vorher ausführlich bewiesen (so glaubt er, S. 41 fg.), daß diese Stelle interpolirt ist, daß nämlich darin die Worte „naturali iure" in „pleno iure" verwandelt, und die Worte „bonae fidei possessoris et" vor „fructuarii" eingeschoben sind. Die ächten Worte des Gaius sind uns im §. 37. I. de. div. rer. l. i. erhalten, wo nur der fructuarius erwähnt ist, als welchem naturali iure jene Früchte von Nutzvieh zufallen. „Wunderbarer Weise" findet der Verf. die Annahme bestätiget durch den Singular αὐτῷ in der Synopsis, obwohl die Basiliken und Harmenopulos den Plural αὐτοῖς haben; denn jener Singular könne wohl nur einer unmittelbaren Uebersetzung aus des Gaius Schrift, worin allein vom Fructuar die Rede war, seine Entstehung verdanken. Wie sonderbar es wäre, daß die Compilatoren eine absichtliche Neuerung einem dem Gaius beigelegten Fragment intrudirten, dagegen in den Institutionen, die sie selbständig verfaßten, die Stelle des Gaius unverändert aufnähmen, das stört unsern Verfasser nicht; es steht ihm als erwiesen fest, daß Gaius dem bonae fidei possessor und bonitarischen Eigenthümer noch kein volles Eigenthum an den Früchten des Nutzviehes beilegte. Aber im Justinianischen Rechte ist dieß durch die in jener Interpolation

ausgesprochene kaiserliche Entscheidung allerdings geschehen, und so ergibt sich nun die obige Differenz zwischen Bodenfrüchten und Thierfrüchten; an diesen erwirbt der redliche Besitzer sofort volles unwiderrufliches, an jenen nur einstweiliges, dem Eigenthümer der Hauptsache gegenüber unwirksames Eigenthum.

Es bedarf keiner Ausführung, um zu überzeugen, daß aus dem Boden solcher historischen Forschung keine Früchte heranwachsen können, die der Wissenschaft als bleibender Gewinn zufielen, daß dieser vielmehr durch deren schleunige Consumtion am besten gedient sei. Es läßt sich darnach auch nicht erwarten, daß in dem Detail der Untersuchung, in den oft recht umständlichen exegetischen Erörterungen viel zu gewinnen sei. Hervorheben will ich nur noch die Sicherheit, mit welcher der Verf. S. 124. 140. in §. 25. J. 2. 1. die kaiserliche Entscheidung einer alten Controverse findet, daß der „Ausdrusch" oder „Erdrusch" des Getreides als sogenannte Specification unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten gewähre.

Auch die zweite Abhandlung: „das Pfandrecht an den Früchten", wird durch eine historische Untersuchung eingeleitet, der es an bedenklichen Sätzen nicht fehlt. Wer kann z. B. es billigen, wenn der Verf. S. 195 fg. die Fiducia zur Zeit des Gaius nur als ein besonders qualificirtes Besitzpfand auffaßt und bemerkt, es könne der so überkommene Besitz der Sache ein Erwerb zu civilem Eigenthume nicht füglich mehr gewesen sein: warum? Weil der Gläubiger persönliche Verpflichtungen in Betreff der Rückgewähr der Sache contrahirt hatte, als ob dieß mit dem Eigenthum desselben nicht verträglich sei. Wer kann unterschreiben, was S. 214 zu lesen ist: daß der Gläubiger eine leih- oder bittweise hingegebene Sache von jedem Dritten, an welchen der Empfänger sie weitergegeben, zurückverlangen dürfe, sei, wie auch im älteren Rechte, anerkannter Grundsatz? als ob die actio locati oder das interdictum de precario dingliche Wirkung gehabt hätten; denn der Verf. hat hier keineswegs etwa die Eigenthumsklage des Fiducia-Pfandgläubigers im Sinne. In L. 13. D. 20. 5. sagt Paulus: Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. Die Ausdrucksweise dieser Stellen erklärt sich vielleicht dadurch, daß Paulus auch an das Fiducia-Pfand denkt. Der Sinn derselben für das Justinianische Recht ist offenbar: der verkaufende Pfandgläubiger muß, wenn er die Sache selbst hat, diese dem Käufer tradiren, sonst aber seine Pfandklage (nach Umständen etwa auch die actio locati oder das interdictum de

precario) demselben cediren. Unser Verf. nun commentirt die Stelle mit folgender wunderlichen Bemerkung (S. 224): „Wie hat nun aber weiter der Gläubiger zu verfahren, wenn er einen Käufer zu dem Pfande gefunden hat? Ganz praktisch löst unsere Stelle diese Frage durch die Entscheidung, daß der Gläubiger seine Rechte an dem verkauften Pfandstücke, also die Befugniß dasselbe zu verkaufen und in den Rechtsbesitz zu nehmen, dem Erwerber cedirt, dergestalt, daß nunmehr der Rechtsbesitz auf den Käufer übergeht, was, da der römische Kaufcontrakt durch bloßen Consens perfect wird, es also einer besonderen Uebergabe dazu nicht bedarf, schon den Uebergang des Eigenthums auf ihn involvirt (!) u. s. w." Und im Angesicht jener Stelle nimmt er weiterhin als Regel an, daß es, wenn die Sache im Besitze des Schuldners oder eines Dritten war, Sache des Gläubigers gewesen sei, den Besitz dem Käufer zu verschaffen; „denn (so lautet der Grund dafür!) wir finden in den Justinianischen Rechtsbüchern meist immer den Gläubiger und nur selten den Käufer der Pfandsache als den Kläger aufgeführt, der wegen Herausgabe gegen den Besitzer derselben Klage erhebt". Diese Stelle möge, statt vieler ähnlicher, als ein Muster der Argumentation des Verfassers dienen.

In der dogmatischen Ausführung unterscheidet der Verf. A. die Verpfändung der Früchte, B. die Verpfändung der Sklavengeburt. Was die erste betrifft, so behandelt er S. 232—279 unter 9 Nummern die einschlagenden Detailfragen ausführlich genug, und gelangt darin zu Resultaten, die von den Ansichten, welche unter andern Vangerow §. 370 vertheidigt, erheblich abweichen. Daß aber diese Ausführung zur wissenschaftlichen Ueberwindung der betreffenden Streitfragen etwas Erhebliches beitrage, kann ich ihr nicht nachrühmen, finde vielmehr auch darin wieder manche mehr als bedenkliche Sätze und Interpretationen *.

---

Eine ausführlichere Recension desselben Buches, von Demelius, findet sich in der Münchener krit. Vierteljahrsschr. IV. S. 292—307. — Zwei neuere Schriften über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor sind a) F. Levy, bonae fidei possessori quid iuris in fructibus Romani tribuerint? diss. inaug. Berol. 1869. b) A. Koeppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor. Jena 1872.

* Haimerl's Vierteljahrschr. IX. Lit. S. 46—50. (1862.)

## 12.

# Ueber die usucapio pro herede. *

Der Versuch, über einen von jeher so viel, jetzt seit Entdeckung des Gaius mit erneuter Lebendigkeit, besprochenen Gegenstand wieder etwas zu sagen, ist wohl gerechtfertigt, wenn man durch die jüngste Abhandlung über denselben nicht befriedigt ist. Als die im 1. Hefte des 9. Bdes des Arch. f. civ. Prax. enthaltene Abhandlung von Roßhirt erschien, hatte mich eine Arbeit über die usucapio pro herede zu andern als den in jener gewonnenen Resultaten geführt, welche ich auch nach wiederholter Prüfung gegen jene nicht aufgeben konnte. Ich wage es, meine Ansicht darüber öffentlicher Beurtheilung zu unterwerfen[1]. Die folgende Untersuchung wird jedoch nur die Frage betreffen, ob und mit welchen Wirkungen der vermeintliche Erbe nach Justinianischem Recht pro herede usucapire? Denn daß in dem andern Falle, wenn der wirkliche Erbe fremde Sachen besitzt, welche er aus hinreichendem Grunde für Sachen der Erbschaft hält, wenigstens in der Beschränkung, welche Roßhirt l. c. S. 21. 24. angibt, Usucapion Statt finde, will ich nicht bestreiten. Es dürfte auch wohl nicht zu bezweifeln sein, z. B. daß der Erbe usucapiren könne, wenn ihm eine Sache als eine schon dem Erblasser verkaufte oder vermachte oder aus anderem Grunde der Erbschaft zugehörige übergeben, oder wenn ihm der Besitz einer Sache, die er als vermeintliche Erbschaftssache vindiciren wollte, gutwillig eingeräumt worden[2]. Pro herede kann man diese Usucapio nennen, weil, wie das „pro suo“ überhaupt jedem rechtmäßigen Besitze, so das „pro herede“ jedem, der sich auf das Successionsrecht gründet, anhängt: zunächst aber

* Lehrb. §. 159. Anm. 3. e. vgl. §. 533. Anm. 2. a. E.

[1] Unterholzner's neue Verjährungslehre I. Theil erhielt ich erst, als ich diese Abhandlung Herrn Prof. Hasse schon lange eingereicht hatte. Ich habe nun auf die betreffenden §§. dieses Werkes §. 94. 106 u. 107.) gebührende Rücksicht genommen.

[2] Vgl. L. 11. D. pro emtore. — L. 5. in fin. D. pro suo. — L. 33. §. 3. D. de usurp. — In der letzten Stelle findet Unterholzner v. d. Verjähr. §. 28. 1 eine Spur des bei der in iure cessio früher geltenden Rechts; aber »cedere possessione« ist gewiß nicht aus »rem in iure cedere« entstanden (L. 1. §. 4. D. de poss., »cedere usufructu« fur die Ueberlassung der Ausübung des Niesbrauchs; Fr. Vat. §. 41. Vgl. L. 8. D. si pars her. pet. 5. 4. —; auch in L. 1. §. 21. D. de poss. wird wohl richtiger possessione gelesen statt possessionem); und wie sollte auch der Vindicant sich haben die Sache in iure cediren lassen, deren Eigenthümer er schon zu sein behauptete? außer etwa in Folge des Urtheils, wenn durch Usucapion nach der Litis Contestation der Besitzer das Eigenthum erworben hatte (L. 18. 20. in fin. D. de rei vind. wo statt tradere bei Gaius gewiß gelesen wurde mancipare vel in iure cedere.) — In seiner neuen Verjährungslehre I. S. 403. nimmt Unterholzner selbst seine frühere Erklärung des fr. 33. cit. stillschweigend zurück; ohne Grund aber scheint er mir dort den Titel pro donato anzunehmen, wenn der Besitzer von dem Rechte des Klägers überzeugt die vindicirte Sache ohne Urtheil restituirt.

liegt hier die Rechtfertigung des Besitzes nicht in dem Erbrechte; dieses allein kann nie den Grund der Besitznahme einer einzelnen Sache enthalten; sondern es ist immer ein besonderer Umstand erforderlich, welcher in dem Besitzerwerbenden die Meinung zu begründen vermag, daß die fragliche Sache auch eine Sache der Erbschaft sei. Der bloße obtentus, velut aliquid ex hereditate esset, quod alienum fuit, genügt nicht: diutina possessio tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta prodesse ad praescriptionem *hac sola ratione* non potest.[3] Darnach ist also das putare, rem ex hereditate esse, quae non sit in L. 3. D. pro herede näher zu bestimmen; es muß eine äußerlich erkennbare Veranlassung dieser Meinung nachgewiesen werden. Das Finden einer Sache unter andern Sachen der Erbschaft mag nach Umständen einen probabilis error begründen; aber man muß nicht dadurch das Eigenthümliche des titulus pro herede (in diesem Sinne) bestimmen wollen: dieser hat einen eben so unbestimmten Charakter wie der pro suo, und es ist eigentlich unnütz, ihn von diesem zu unterscheiden.

Was aber die usucapio pro herede in dem ersten Sinne angeht, so scheint mir Roßhirt den historischen Zusammenhang verkannt zu haben, indem er die lucrativa usucapio pro herede und die „aus dem Standpunkte der bona fides“ als wesentlich verschiedene Arten der Usucapion einander entgegensetzte.

Vor Hadrian konnte nach Gai. II. 52 flg. jeder die vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Sachen der Erbschaft, wenn er dadurch nur Niemanden als den Erben verletzte[4], willkürlich in Besitz nehmen

[3] L. 4. Cod. pro hered. — L. 4. Cod. de longi temp. praescr. Diese Stellen gerade nur auf den Fall zu beziehen, wenn schon der Erblasser den Besitz oder die Detention der Sache gehabt hat, ist weder nöthig, noch der Wortfassung gemäß: sie sagen nur, der Vorwand, velut aliquid ex hereditate esset, soll ohne besondern Rechtfertigungsgrund zur Usucapion niemals genügen. Vgl. Unterholzner l. c. S. 372. flg.

[4] Wurde eines Andern rechtliches Interesse verletzt, z. B. desjenigen, welcher den Usufructus einer Sache vermöge eines legatum per vindicationem durch die Antretung der Erbschaft erworben hatte (L. 35. D. de usurp.), oder hatten andere auch nur die Detention der Sache (L. 68—71. D. de furt.), so würde durch eigenmächtige Besitzergreifung derselben ein Diebstahl begangen und dadurch die Sache als res furtiva der Usucapion entzogen worden sein. — Unterholzner l. c. S. 215 flg. beschränkt dieses auf den Fall, wenn ein dem Erben verantwortlicher Inhaber das Erbschaftsstück in Händen hat; ich glaube, mit Unrecht. L. 11. D. de cond. furt. (l. c. not. 214.) gehört nicht hieher; denn sie muß offenbar, wie auch die Absichtlichkeit der Stellung des Fragments von Paulus zwischen zwei Fragmenten von Ulpian andeutet, mit fr. 10. §. 2. 3. verbunden werden, und dann ergibt sich, daß sie dem Legatar die condictio furtiva nur in Beziehung auf eine schon dem Erblasser entwendete Sache abspricht, und darauf allein paßt auch der angeführte Grund. Das cit. fr. 35 scheint mir Unterholzner ebenfalls nicht richtig erklärt zu haben: Si homo, cuius ususfructus legatus erat, ab herede nunquam possessus, subreptus fuisset: quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit? Sabinus respondit, nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi posset; agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. Quod sic accipiendum est, ut

und usucapiren, wofern ihm nicht die Regel: neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse, entgegenstand[5]. Da also jeder Besitz schon zur Usucapion befähigte, so konnte von dem Erforderniß der bona fides an sich gar nicht die Rede sein; auch wer sich für den Erben hielt, so wie der bonorum possessor, usucapirte schon aus jenem Grunde und zwar auch unbewegliche Sachen in einem Jahre[6], und hatte gar nicht nöthig, sich auf die Untersuchung der Rechtmäßigkeit des Besitzes, wie sie sonst zur Usucapion gefordert ward, einzulassen. Wollte man sagen: wer bona fide im Besitze der Erbschaft gewesen sei, werde sich nicht auf jene improba usucapio haben berufen wollen, so ist zu bedenken, daß die faktische Rechtfertigung des Besitzers sich doch von selbst ergeben mußte, wenn auch keine rechtliche Folge davon abhängig war. Ein Fall, in welchem eine Unterscheidung der usucapio pro herede aus dem Standpunkte der bona fides und der lucrativa hätte von Bedeutung sein können, wäre der gewesen, wenn die fragliche Sache der Erbschaft schon im Besitze des Erben gewesen und nachher erst an einen vermeintlichen Erben gelangt wäre. Denn die lucrativa usucapio fand nach Gaius nur Statt bei einer Sache, cujus possessionem heres

fructuarius poterit uti frui (so die Florent. — andere lesen: possit; noch besser ist, was Unterholzner vorschlägt, potuerit); alter (aliter) enim homo in causa (so die Florent. — andere besser: in eam causam) non perduceretur (d. h. sonst würde der Sklave in keiner Rücksicht als entwendete Sache betrachtet werden können). Hier wird nur erfordert, daß der Fructuar rechtlich in der Lage sei, den Nießbrauch ausüben zu können, also wird nicht erfordert, daß er zur Zeit der Entwendung ihn schon wirklich ausgeübt habe. So erklärt schon Cujacius ad h. l. und diese Erklärung gibt auch der folgende Satz »Sed si utenti jam etc.«, der im Gegensatz gegen alles Vorhergehende aufgefaßt und daher auch durch die Interpunktion davon ganz geschieden werden muß, an die Hand. Nämlich: „Hat aber der Fructuar selbst schon die Sache im Besitze gehabt, dann ist kein Zweifel, daß die Sache nicht usucapirt werden kann; denn alsdann steht nicht nur dem Fructuar, sondern auch dem Erben die actio furti zu". — Beiläufig bemerke ich: Sabinus gründet seine Entscheidung allein auf die Regel: nullam eius rei etc., daher ist ungegründet, was Unterholzner I. S. 220. gegen seine frühere Meinung, daß ein furtum usus die Sache der Usucapion entziehe, vorbringt: was er von Entwendungen unter Ehegatten bemerkt, ist dagegen unbedeutend, da Sabinus nicht sagt, daß nur, aber, daß alle diejenigen Sachen, wegen welcher die actio furti begründet ist, nicht usucapirt werden.

[5] Ihre Celebrität verdankte diese Regel gewiß ihrem beschränkenden Einfluß auf die usucapio pro herede. L. 2. §. 1. 2. D. pro herede. L. 33. §. 1. D. de usurp. — Vgl. Savigny Recht des Besitzes. S. 49. — Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 100. — Wenn in L. 33. §. 1. cit., welche Julian vielleicht noch vor Hadrian's Senatsconsultum geschrieben hat, von einer iusta causa existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse die Rede ist, so ist zu bemerken, daß Julian diese durchaus nicht als ein Erforderniß der usucapio pro herede an sich, sondern nur in so fern in Betrachtung zieht, als sie das Hinderniß, welches sonst wegen jener Regel der usucapio entgegenstehen würde, entfernt.

[6] Dagegen darf man nicht Plin. lib. V. epist. 1. anführen: iam biennium transiisse omniaque me usucepisse; denn Plinius sagt nur, daß schon zwei Jahre verstrichen, also gewiß alle Sachen von ihm usucapirt seien, nicht, daß der Ablauf dieser Zeit zur Usucapion erforderlich sei. — Vgl. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V. S. 16. — Schweppe, Rechtsgesch. 2. Aufl. §. 473. stellt, was in Rücksicht der Usucapion, welche dem bonorum possessor zu Statten kam, früheres und späteres Recht gewesen sein kann, unter 1. und 2. ziemlich ungeschickt neben einander. M. s. Ulpian. fragm. 28. 12. — Gai. IV. 34. II. 54.

nondum nanctus est: bei einer nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilten Usucapion aber ließe sich nicht einsehen, warum in dem Besitz des wahren Erben ein Hinderniß derselben liegen, warum insbesondere das nicht vielmehr als eine Bestärkung der justa causa sollte angesehen werden, wenn einmal der wahre Erbe, das Miterbrecht eines Andern anerkennend, diesem den Besitz der Erbschaftssachen pro parte eingeräumt hätte. Aber gerade hier belehrt uns ein sehr zufällig erhaltenes früher unerklärliches Fragment, daß man auch in dieser Rücksicht jenen Unterschied gar nicht machte.

L. 29. D. de usurp. — (Pompon. lib. 12. ad Sab.) „Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi: propius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam causam habes possidendi. — — — Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse; nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi“.

Roßhirt l. c. S. 35. fügt zur Erklärung dieser Stelle Folgendes hinzu: „und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil durch die possessio des wahren Erben die Sache sein Eigenthum geworden ist, und vorausgesetzt auch, daß sein Irrthum den Uebergang des Eigenthums auf den vermeintlichen Miterben nicht hindert, doch wegen des error tradentis eine obligatio auf Rückforderung zu allen Zeiten bleibt“. Aber: die Sache wird ja nicht erst durch die possessio des Erben Eigenthum; und wenn auch das wäre, so könnte doch nicht deßwegen die possessio veri heredis der Usucapion im Wege stehen. Auch kann Pomponius nicht angenommen haben, daß durch die Tradition an den vermeintlichen Miterben sogleich das Eigenthum auf diesen übergegangen sei; denn alsdann hätte ja über Usucapion nicht mehr die Frage sein können: und sehr sonderbar wäre es, wenn er durch den Satz „Idem dicimus“, nämlich „propius est, ut usu eas capere non possis“, und den angegebenen Grund: „nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi“, hätte die Behauptung ausdrücken wollen: der vermeintliche Miterbe habe zwar durch diese durch Irrthum veranlaßte Tradition das Eigenthum der übergebenen Sachen gleich erworben, müsse aber dieselben, als sine causa erworben dem Erben jederzeit zurückgeben[7]. Vielmehr ist klar, daß

[7] Man kann dabei auch nicht etwa an die Verwandlung des bonitarischen Eigenthums, welches hier durch die bloße Tradition z. B. unbeweglicher Erbschaftssachen begründet sein könnte, denken, und sagen, Pomponius habe diese hier ausschließen wollen: denn abgesehen davon, daß er allgemein res hereditarias nennt, so ist es auch sehr unwahrscheinlich, daß in irgend einem Falle, wenn nur die Sache des quiritarischen Eigenthums fähig war, bonitarisches Eigenthum ohne die Möglichkeit der

Pomponius ganz einfach die Regel „pro herede usucapi non potest, quod ab herede possessum est“ auch auf den Fall anwendet, wenn der Besitzer sich für den Erben hält.

Es gab also eine species possessionis et usucapionis pro herede, die jedem Besitzer unwiderrufliches Eigenthum verschaffte; es ist kein Grund vorhanden, die Usucapion des vermeintlichen Erben als wesentlich verschieden von jener zu trennen [8].

Das Senatsconsultum unter Hadrian, von welchem Gai. l. c. §. 57. spricht, entzog nun (einen Fall ausgenommen, §. 58. ibid.) der alten usucapio pro herede ihre Wirkung gegen den Erben selbst:

> „Ex auctoritate Hadriani Senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones *revocarentur*. Et ideo potest heres ab eo, *qui rem usucepit, hereditatem petendo* perinde eam rem consequi, *atque si usucapta non esset*“.

Hält man nur die Bemerkung fest, daß die usucapio pro herede nicht ipso jure aufgehoben, sondern nur ihrer früheren Wirksamkeit gegen die hereditatis petitio entkleidet wurde, so braucht man sich gar nicht, wie Roßhirt l. c. S. 14 bei dem Beweise aufzuhalten, daß es auch noch nach Hadrian eine usucapio pro herede (in diesem Sinne) im Römischen Rechte gegeben habe. Sogar der praedo usucapirte auch nun noch pro herede, und es mußte auch diese Usucapion noch von praktischer Wichtigkeit sein, indem er, dem sonst nach Verlust des Besitzes außer den possessorischen kein Rechtsmittel zu Hülfe kam, die pro herede usucapirte Sache von einem andern Besitzer, als dem Erben, und wer von

Usucapion angenommen wurde, und vollends kann man nicht glauben, daß Pomponius auch demjenigen, der in bösem Glauben einen Theil der Erbschaftssachen angenommen, an diesen ein bonitarisches Eigenthum zugeschrieben habe. Den Zwischensatz: ita tamen etc. muß man nur auf die nächstvorhergehenden Worte beziehen: neque ullam etc. Denn die Tradition in Folge eines Vergleichs muß sogleich (nach älterm Recht wenigstens bonitarisches) Eigenthum übertragen. Freilich gibt Paulus in L. 36. D. fam. ercisc. dem Erben in dem andern Falle (si sine iudice diviserint res) eine Condictio (earum rerum, quae ei cesserunt, quem heredem esse putavit, qui fuit heres): aber es scheint doch nicht, daß er die Vindicatio gänzlich ausschließen oder behaupten wollte, daß hier **immer** die übergebenen Sachen gleich in das Vermögen des vermeintlichen Miterben übergehen, (was die condictio voraussetzt): eben so hatte er im Vorhergehenden (si condemnationibus factis solverit *pecuniam* — — — repetere non potest) nur die Condictio dem Erben abgesprochen, der Vindicatio nicht erwähnt; diese aber konnte er da dem einzigen Erben nicht absprechen wollen, wenn sie sonst möglich war; denn das Eigenthum einzelner Erbschaftssachen geht durch Adjudicatio auf den wirklichen Miterben gleich, auf den irrig dafür angesehenen aber gar nicht über, auch nicht durch die ja nicht zum Zweck der Eigenthumsübertragung geschehene Uebergabe (Ulp. XIX. §. 16.), muß also im letzten Falle dem einzigen Erben bleiben. Will man diese Erklärung nicht annehmen, so muß man unterscheiden zwischen einer eigentlichen Theilung, wobei immer theilweise die Absicht einer Eigenthumsübertragung vorkommt, und zwischen einer traditio pro parte aller Erbschaftssachen oder Einräumung des Mitbesitzes der Erbschaft, und auf diese L. 29. cit., auf jene L. 36. cit. beziehen, oder eine Meinungsverschiedenheit voraussetzen.

[8] Nur wegen zufälliger Rücksichten konnte die bona fides wichtig werden, vgl. Anm. 3 und 4.

diesem sein Recht ableitete, vindiciren konnte; der Erbe vielleicht weder mit der Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer, welchen die Sache nach vollendeter Usucapion von jenem veräußert worden war, auftreten, noch andere Verfügungen über die Sache, wie Pfand- und Servitutbestellung, anfechten konnte [9].

Daher mußte auch die Regel: rei hereditariae furtum non fieri, bestehen bleiben [10].

Erst nachdem Marcus Aurelius das crimen expilatae hereditatis eingeführt hatte, welches zugleich auf Restitution der in Besitz genommenen Sachen und auf außerordentliche Bestrafung gerichtet war [11], mußte bald die usucapio lucrativa ganz verschwinden, und zwar wie man vermuthen sollte, auch in dem Ausnahmsfalle des Hadrianischen Sc., necessario herede exstante: wenigstens haben wir keine Spur, daß der necessarius heres weniger als Andere zu dem crimen expilatae hereditatis berechtigt war [12].

Es kann also nur d i e Frage aufgeworfen werden, ob jenes Senatus-

[9] Dem Erben aber blieb der unrechtmäßige Besitzer, auch wenn er veräußert hatte, durch die hereditatis petitio haftbar nach L. 20. § 6. D. de her. pet. Gaius sagte also jedenfalls mit Recht: sed hodie etiam non est lucrativa: denn non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. L. 51. D. de reg. iur. — Aehnlich heißt es vom bonae fidei possessor »*lucrari* fructus oportet, *si eos consumsit*«, L. 4. §. 2. D. fin. reg. vgl. mit §. 2. J. de off. iud., nach der Ansicht, welche ihm das Eigenthum der Früchte zuschreibt.

[10] Den Zusammenhang dieser Regel mit der alten usucapio pro herede sieht jeder ein. Daß der Grund, welchen Scaevola, wohl von dem Bestreben aus dem Begriffe zu entwickeln, was aus äußern Gründen Rechtssatz geworden war, verleitet für dieselbe anführte (L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib.) unrichtig ist, das zeigt fast am besten die Bemühung von Altamiran. et Velasq. (in Meermann. thesaur. tom. II. p. 428.), dieser Erklärung alle Stellen anzupassen. Vgl. Unterholzner v. d. Verjähr. §. 15. not. r., d e s s e n neue Verjährungslehre S. 214 flg. — Daß Gaius die Regel auch als Folge der Usucapio pro herede ansah, geht hervor aus Comm. II. §. 56. vgl. mit III. §. 201 und II. §. 58; freilich aber kann darüber gestritten werden, ob seine Ansicht die wahre, ob nicht vielmehr sowohl für diese Usucapio als jene Regel ein gemeinsamer Grund darin zu finden sei, daß Erbschaftssachen als res nullius angesehen wurden. Vgl. Hasse im Rhein. Mus. I. 3. S. 193. — Auffallend ist, daß Gaius in Comm. III. §. 195—201 unseres Satzes im Allgemeinen gar nicht, sondern nur in der Beschränkung auf den Ausnahmsfall des Sc. Hadr. erwähnt; man sollte daraus schließen, er sei der Meinung gewesen, daß durch dieses Sc. folgeweise auch jene Regel aufgehoben sei, und der Schluß wird unterstützt durch L. 36. §. 1. D. de usurp. und Comm. II. §. 50. Aber diese Meinung, welcher andere Juristen nicht beitreten (L. 68—76. D. de furt. — L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. — L. 2. §. 1. L. ult. D. expil. hered.) scheint doch auch mit der eignen Darstellung des Gaius in Comm. II. §. 57 nicht ganz zu harmoniren.

[11] L. 1. 4. D. expil. hered. — L. 12. Cod. ex quib. caus. infam.

[12] Man hat wohl L. 2. Cod. pro hered. zum Beweise angeführt, daß auch gegen den suus heres, wenn dieser etwa unter dem necessarius bei Gaius II. §. 58. mitverstanden war, die improba usucapio bald abgekommen sei. Schweppe, Rechtsgesch. §. 458. Ist die im Text ausgesprochene Meinung richtig, so ist wohl nicht wahrscheinlich, daß noch zu Diocletian's Zeit Jemand sich auf improba usucapio berufen habe; und es wäre dann zu vermuthen, daß Diocletian selbst dieses Rescript so verstanden habe, wie es Thibaut, System. §. 1027. auslegt, nämlich: daß die usucapio pro herede auch des Besitzers in gutem Glauben gegen den suus heres so wenig wie gegen andere Erben wirksam sei, ähnlich wie Antoninus in L. 1. Cod. ibid. sagt: pro herede usucapio locum non habet. Vgl. übrigens Unterholzner l. c. not. 370.

consultum sich auf jede usucapio pro herede bezogen, ob es auch die des vermeintlichen Erben gegen den wahren Erben entkräftet habe? Dem bonorum possessor, wenn seine possessio cum re war, konnte es natürlich nicht entgegen sein, weil gegen diesen der Civilerbe keine wirksame hereditatis petitio hatte [13]. Gaius gibt nun zwar auf diese Frage keine entscheidende Antwort; „tales usucapiones" in der angeführten Stelle läßt sich wohl recht gut auf die ganze species possessionis et usucapionis pro herede beziehen, und Savigny findet das dem Zusammenhange angemessener [14]; doch können jene Worte auch leicht und ungezwungen auf die improba usucapio allein bezogen werden. Aber aus andern Gründen läßt sich darthun, daß nach Hadrian die usucapio pro herede auch des Besitzers in gutem Glauben unwirksam gegen den Erben (den prätorischen, wie den civilis heres) geworden, und in dieser Gestalt in das Justinianische Recht übergegangen sein müsse: man mag das nun dem Sc., dessen Gaius erwähnt, oder dem in L. 20. §. 6. D. de her. pet. angeführten zuschreiben [15].

An sich betrachtet ist die von mir behauptete Bestimmung über die Wirkung der usucapio pro herede keine, die man unwahrscheinlich finden kann: vielmehr muß sie sehr verständig erscheinen, wenn man an die Kürze der alten Usucapionszeit, an die Schwierigkeiten der Verwaltung großer und zerstreuter Erbschaften und daran denkt, daß der Besitzer in gutem Glauben jedenfalls nur wirklichen Gewinn herauszugeben hatte; es muß deßhalb auch als wahrscheinlich gelten, daß man den Besitzer in gutem Glauben nicht ausnahm, wenn man einmal durch ein Gesetz die usucapio pro herede beschränken wollte. Faßt man aber das letztgenannte Sc. nach seinen anerkannten praktischen Resultaten auf, so müßte es als Inconsequenz auffallen, wenn darnach nicht die pro herede usucapirte Sache eben so wohl als jedes andere vermöge des vermeintlichen Erbrechts Erworbene dem Erben restituirt werden müßte.

Diejenigen, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, sollen, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, immer so weit zur Restitution gehalten sein, als sie durch den Besitz bereichert worden sind: und was sie einzig

[13] Gai. III. §. 35 seq.

[14] Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V. S. 21. not. 29.

[15] Nach diesem Sc., sollte man meinen, sei ein anderes über die Aufhebung der usucapio pro herede nicht mehr nöthig gewesen — vgl. Schweppe l. c. —; ich glaubte selbst Gai. II. 57. auf dieses Sc. beziehen zu dürfen, eine Vermuthung, welche, besonders wenn dort gelesen würde Scto, die angeführte Stelle vgl. mit L. 28. D. de her. pet. sehr gut zuließe. Aber man begreift dann nicht, wie man zu der Ausnahme bei Gai. II. 58. kommen konnte, die freilich auch sonst sonderbar genug scheint. Vgl. Unterholzner l. c. S. 326., der dieselbe Vermuthung ausspricht.

aus dem Grunde, weil sie sich für Erben hielten, usucapirt und noch wirklich im Besitze haben, sollten sie zurückhalten dürfen? Hat der Besitzer eine aus der Erbschaft verkaufte Sache wieder erlangt, so soll er die Sache selbst und noch dazu den Vortheil, den er aus dem Verkaufe derselben wirklich gewonnen, herausgeben; niemals befreit es ihn von der Restitution des Kaufpreises, wenn der Käufer die Sache schon usucapirt hat; auch wird nicht unterschieden, ob der Besitzer erst nach oder vor vollendeter usucapio pro herede die Sache veräußert hat [16]. Ueberhaupt leitete man aus dem Sc. die Regel ab: omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni [17], und es wäre nicht als lucrum anzusehen, wenn er noch wirklich im Besitze von Erbschaftssachen, die er pro herede usucapirt hat, sich befindet? Ist das weniger lucrum, als wenn er Sachen z. B. durch Tradition eines Schuldners der Erbschaft gleich erworben? Einen positiven Beweis meiner Behauptung gibt aber L. 1. D. Quor. bonor., eine Stelle, deren Schwierigkeit im Verhältniß zu seiner Meinung Roßhirt l. c. S. 14. not. 13. andeutet, aber nicht hebt. Dieselben Sachen, welche nach dem Hadrianischen Sc. dem Kläger bei der hereditatis petitio restituirt werden mußten, aber gewiß nicht mehr, sollte der bonorum possessor durch das interdictum Quorum bonorum erlangen. Daher lautete das Edict:

„Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, *possideresve, si nihil usucaptum esset* — — — id illi restituas“.

Savigny, welcher wegen anderer Stellen die Fortdauer einer völlig wirksamen pro herede usucapio annehmen zu müssen glaubte [18], suchte diese Stelle des Edicts damit zu vereinigen, indem er erklärte: quod pro herede aut pro possessore possides, aut *pro possessore* possideres, si nihil usucaptum esset, so daß sich der Zusatz possideresve, welcher erst nach Hadrian hinzugekommen sein muß, nur auf die improba usucapio beziehe. Allein auf diese Erklärung würde gewiß Niemand gekommen sein, den nicht ein Bedürfniß der Vereinigung vermeintlich

[16] L. 22. D. de her. pet.

[17] L. 28. D. eodem. L. 40. §. 1. ibid.

[18] l. c. S. 23. not. 30. — Das vieldeutige »si negotium integrum est« in L. 2 Cod. Quor. bonor. kann wohl gegen L. 1. D. eod. nicht entscheiden: sonst heißt es ja, quae, cum moreretur, eius *fuerunt*; darunter sind auch die usucapirten Sachen mitbegriffen, und wer pro herede usucapirt hat, besitzt auch nach Savigny's Erklärung noch pro herede. Daß in L. 2. cit. der Zusatz L. 1. cit. fehlt, macht natürlich nichts aus, denn das eben soll bewiesen werden, daß auch L. 1. cit. eine völlig wirksame usucapio pro herede nicht ausschließe. — Auch L. 3. Cod. de edict. D. Hadr. scheint mir gegen die Beweisstellen für meine Ansicht (vgl. not. 20.) nichts zu entscheiden; die Stelle kann auf die 30jährige Verjährung bezogen werden.

widersprechender Stellen dazu zwänge, und es ist schwer anzunehmen, daß der Prätor so zweideutig gesprochen habe, zweideutig um so mehr, da nach Gaius auch des Besitzers in bösem Glauben possessio und usucapio *pro herede* genannt wurde. Vielmehr muß die Bestimmung „pro herede aut pro possessore“, wie sie ganz zu dem ersten possides gehört, so auch bei dem zweiten possideresve ganz wiederholt werden, wie auch die zweifache Form der Disjunction „aut, ve“ andeutet. Wollte man sagen, „possideres“ könne sich nur auf den, welcher mala fide pro herede, d. i. pro possessore usucapirt habe, beziehen, weil nämlich dieser nach vollendeter Usucapion aufhöre pro possessore zu besitzen, derjenige aber, welcher (bona fide) pro herede zu besitzen angefangen, auch nach vollendeter Usucapion nicht aufhöre pro herede zu besitzen [19], so müßte man dann einräumen, daß dieser schon wegen der ersten Bestimmung „quod pro herede possides“ auch die usucapirten Sachen restituiren müsse. Aber es ist auch sehr natürlich, daß der Prätor auf subtile Unterscheidungen der Juristen nicht Rücksicht nahm, wenn er kurz und verständlich andeuten wollte, daß man nun nicht mehr, wie sonst, die pro herede usucapirten Sachen dem Erben vorenthalten könne.

Betrachtet man die Stelle als Theil des Justinianischen Rechts, so müßte man nach der von mir verworfenen Erklärung den erwähnten Zusatz als todten Theil ansehen, der nur durch Nachlässigkeit der Compilatoren stehen geblieben: eine Annahme, zu welcher freilich die Erfahrung gerade bei der usucapio pro herede geneigt machen kann, zu der man aber doch nicht leicht und am wenigsten dann seine Zuflucht nehmen darf, wenn man den Fehler in der Haupt- und Anfangsstelle eines Titels behaupten müßte. Nach der viel ungezwungeneren Erklärung, welche ich für die richtige halte, enthält jener Zusatz eine ganz praktische Bestimmung.

Was hiemit von der usucapio bewiesen ist: daß sie gegen den Erben selbst nicht schützte: das beweisen eben so deutlich von der longi temporis possessio, welche sich auf ein vermeintes Erbrecht gründete, L. 4. Cod. in quib. cas. cess. l. t. p. — und L. 7. Cod. de pet. hered. Zwar hat Roßhirt l. c. S. 31. einen neuen Versuch gemacht, diese Constitutionen anders und so zu erklären, daß sie seiner Annahme einer auch gegen den Erben wirksamen usucapio pro herede im Justinianischen Rechte nicht widerstreiten. Indem er nämlich die hereditatis petitio als in

[19] Savigny, l. c. not. 28. L. 1. in f. D. pro suo. L. 3. §. 4. D. de poss. — Uebrigens kann auch wohl der Besitz einer Sache, der an sich possessio pro suo ist, in Beziehung auf die hereditatis petitio, sofern er als ein aus unrechtmäßiger Anmaßung der Erbschaft erlangter Vortheil erscheint, possessio pro possessore sein.

der Regel auf eine universas corporum et jurium gerichtet für eine reine Forderungsklage erklärt, findet er in der Entscheidung der genannten Constitutionen nichts als eine Anwendung der Regel, daß einer Forderungsklage gegenüber von einer exceptio dominii oder contravindicatio, von einer andern als der erlöschenden Klagenverjährung nicht die Rede sein könne. Nun aber, sagt er, frage es sich weiter, was bei der hereditatis petitio der condemnirte Beklagte herauszugeben schuldig sei: er unterscheidet, ob die Klage wirklich auf die universitas gerichtet sei — dann müsse der Erbe, wenn der Condemnirte einzelne corpora nicht restituire, mit der vindicatio auftreten, welcher dann natürlich die longi temporis praescriptio entgegenstehe — oder auf einzelne corpora; dann sei kein Grund da, die Klage in der Wirkung für etwas anderes als eine vindicatio rerum singularum zu halten; sie sei, weil sie auf ein durch das Erbrecht begründetes Eigenthum sich stütze, durchaus dinglicher Natur; und dann sei wieder kein Zweifel, daß der Klage, weil der gesetzliche Grund der L. 7. cit. wegfalle, und ein vindicare res speciales da sei, die exceptio longi temporis entgegengesetzt werden könne.

Allein dieser Erklärung, und jeder, welche ihr im Resultat gleich kommt, muß man schon nach unbefangener Vergleichung desselben mit den Worten der angeführten Gesetze widersprechen. Nach jener könnte man nur nicht unmittelbar gegen die hereditatis petitio die Einrede der Verjährung vorbringen; im endlichen Resultat aber wäre es ganz gleichgiltig, ob der Beklagte eine Sache pro herede oder ob aus speciellem Rechtsgrunde besitze; am Ende würde er sich in beiden Fällen durch die longi temporis praescriptio im Besitze erhalten können; der Erbe erlangte in keinem Falle die Sache wieder. Nun sehe man, ob das der Sinn folgender Rescripte sein kann, die doch nicht erlassen wurden, um Richter und Parteien durch allgemeine Sätze und „die juristische Consequenz mit sich tragende Wahrheiten" in die Irre zu führen, sondern sie über die wahre Gestalt ihrer Rechtsansprüche zu belehren. Ist man gleich oft berechtigt, wo Widersprüche zu heben sind, bei allgemein lautenden Rescripten besondere modificirende Umstände des entschiedenen Rechtsfalls vorauszusetzen, so muß man sie doch in der Regel auf eine möglichst einfache und leichte Art verstehen, da sie in einem wirklichen Rechtsfalle die unmittelbarste Quelle der Entscheidung einer Rechtsfrage sein sollten; wornach viel Vergleichen mit andern Rechtssätzen und künstliches Distinguiren nicht erwartet werden konnte; und ist es gleich richtig, was Roßhirt bemerkt, daß man Rescripte immer in der Richtung verstehen müsse, wornach sie keine neuen Rechtssätze enthalten, sondern nur

Entwickelungen des geltenden Rechts geben, so ist doch auch klar, daß man durch diese Bemerkung keine gezwungene Erklärung solcher Rescripte rechtfertigen kann, aus denen wir gerade erst das zu ihrer Zeit bestehende Recht erkennen wollen.

L. 4. Cod. in quib. cas. cess. l. t. praescr.
(Dioclet. et Maxim. Libroae.)

„Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio *nocere non potest:* verum his, qui *nec pro herede* nec pro possessore, sed pro emto vel donato seu alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, *cum ab his successio vindicari non possit,* nihil haec juris definitio *nocet*".

Unverkennbar werden hier die Besitzer einzelner Sachen aus der Erbschaft einander entgegengesetzt, je nachdem sie pro herede oder pro possessore besitzen, oder ihren Besitz durch einen speciellen Rechtsgrund rechtfertigen. Dem Erben, welcher gegen jene mit der hereditatis petitio auftritt, soll die longi temporis nicht schaden: diese Regel des Rechts soll aber nicht denjenigen, welche pro emtore etc. besitzen, schaden. Wie hätte der Kaiser in einem Rescript so reden dürfen, wenn er der Meinung gewesen wäre, daß jene Regel in der That auch dem Besitzer pro herede nicht schade, daß der Erbe doch am Ende von diesem so wenig, wie von dem Besitzer pro emtore, Restitution der Sache erlange?

Eben so deutlich spricht diese Entgegensetzung in L. 7. Cod. de pet. her. (Dioclet. et Maxim.-Restitutae).

„Hereditatis petitionem, quae adversus *pro herede* vel *pro possessore possidentes* exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est. — A[20] caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit".

Wenn es ausgemacht ist, daß dem Erben gegen jeden, der auch nur eine einzige Sache pro herede besitzt, die hereditatis petitio zusteht: was könnte dann den Richter, der auf dieses Rescript zunächst allein seine Entscheidung gründen sollte, auf den Gedanken gebracht haben, daß hier doch auch der Besitzer pro herede, so gut wie die caeteri, welche ihm entgegengesetzt werden, sich durch longi temporis

[20] Löhr, im Mag. für Rechtsw. und Gesetzgbg. IV. S. 24. not. hält dieses A für fehlerhaft, obgleich er es in allen alten Ausgaben fand; ich halte es für richtig; nur muß man ceteris nicht auf actionibus beziehen, sondern possessoribus suppliren: von andern Besitzern, d. h. gegen andere.

praescriptio gegen den Erben schützen könne? Wie kann man annehmen, daß der Kaiser, wenn er so verstanden sein wollte, in jener Weise geschrieben hätte?

Ich würde diesemnach mit einfacher Berufung auf L. 1. D. Quor. bonor.[21], auf L. 4. Cod. in quib. cas. cess. l. t. — und L. 7. Cod. de pet. her. für das Justinianische Recht unbedenklich den Satz behaupten: daß Niemand sich auf usucapio pro herede gegen den Erben selbst berufen könne.

Die angeführte Erklärung Roßhirt's hat aber auch sonst noch Manches gegen sich, und scheint mir auch abgesehen davon, daß ihr Resultat mit den Worten der angeführten Constitutionen in so auffallendem Widerspruche steht, in sich unhaltbar und grundlos oder mit andern Worten: wenn wir auch nur den Satz für uns hätten: hereditatis petitionem longi temporis praescriptione non submoveri: so könnte dieser doch nimmermehr auf die Art, wie Roßhirt will, erklärt oder verstanden werden.

Zuvörderst ist es gegen die Ansicht des römischen Rechts, wenn man die hereditatis petitio eine Forderungsklage nennt[22]. Ueberall bezeichnen die römischen Juristen die hereditatis petitio als eine in rem actio[23]; die Intention bei der hereditatis petitio ist „hereditatem nostram esse", nicht „dari nobis oportere"[24]; daher so häufig der Ausdruck „hereditatem vindicare", dem übrigens auch „hereditatem petere" schon gleich steht, gebraucht wird[25]. Besonders bezeichnend ist der Ausdruck „successionem vindicare" in L. 4. Cod. cit. Die hereditatis petitio ist ihrem Wesen nach eine Vindication des Erbrechts;

[21] Thibaut, System. §. 1027. und Wening Civilrecht II. §. 45. führen diese Stelle für ihre Behauptung nicht an. — Unterholzner führt L. 4. Cod. cit. S. 368. not. 367. (damit bringt er sehr unpassend L. 4. Cod. de praescr. long. temp. in Verbindung: vgl. oben Anm. 2.) so wie L. 1. D. Quor. bonor. S. 326. not. 327. an, allein ohne ihre Bedeutung für das Justinianische Recht zu erklären, da er doch an e. a. O. (not. 370.) Gewicht darauf legt, ob eine Stelle im Justinianischen Rechte als bedeutungslos angenommen werden müsse. Nach not. 375. sieht er aber die usucapio pro herede als durchaus wirksam an.

[22] Ich begreife nicht, wie Roßhirt, indem er diese Behauptung ohne weitere Begründung als ausgemacht aufstellt („es dürfte jetzt wohl außer Zweifel sein"), sich auf Thibaut im Arch. f. civ. Prax. VII. nro. XII. und Löhr, Magaz. IV. 1. nro. II. berufen kann, da doch jener desgleichen nicht sagt, Löhr aber die angeführte Abhandlung mit den Worten schließt: „da es sonst gewiß ist, daß die hereditatis petitio zu den dinglichen Klagen gehört", und dafür ausdrückliche Zeugnisse anzuführen, nicht für nöthig hält.

[23] L. 27. §. 3. D. de rei vind. L. 25. §. 18. D. de her. pet. vgl. Gai. IV. §. 16. »Si in rem agebatur,« und §. 17. »Similiter si de fundo — sive de *hereditate* controversia erat, pars aliqua inde sumebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem fiebat *vindicatio*«.

[24] L. 3. 10. §. 1. D. de her. pet. vgl. Gai. IV. §. 2—4.

[25] L. 8. D. de her. pet. L. 2. §. 2. D. ad Sc. Tertull. — L. 2. D. de manum. quae serv. — L. 3. Cod. de test. u. a. vgl. L. 28. D. de obl. et action. L. 178. D. de verb. sign. L. 3. D. expilatae hereditatis.

eine Klage auf Anerkennung des Rechts auf Repräsentation des Verstorbenen in seinen Vermögensverhältnissen[26]. Wie nun die rei vindicatio nicht durch das Eigenthumsrecht an sich, sondern erst durch eine diesem Recht entgegenstehende Anmaßung eines Andern begründet wird, so kann freilich die hereditatis petitio nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher, durch Ausübung eines dem Erben allein zustehenden Rechts, dessen Successionsrecht bestreitet. Der Beklagte muß etwas haben, was zu restituiren er condemnirt werden kann; denn um den bloßen Namen des Erben kann so wenig gestritten werden, als gegen denjenigen die Eigenthumsklage angestellt werden kann, welcher ohne etwas von der Sache zu haben, nur das Eigenthum des Besitzers oder Nichtbesitzers läugnet[27]. Nicht jede Vorenthaltung einer Sache der Erbschaft enthält aber eine Anfechtung des Erbrechts; wer aus einem andern Grunde besitzt, als weil er sich für den Erben hält, gegen den kann nicht die hereditatis petitio, sondern nur die rei vindicatio angestellt werden. Diese erfordert freilich, wenn auch das Eigenthum des Erblassers bewiesen ist, noch von Seiten des Klägers den Beweis seines Erbrechts; aber auch nur, weil dieses nothwendige Voraussetzung seines Eigenthums ist: gegen den Besitzer pro herede hingegen ist die successio in universum jus des Verstorbenen der eigentliche Gegenstand des Rechtsstreites, wie in jenem Falle das Eigenthum. Wenn Jemand ohne Berufung auf irgend einen Rechtsgrund Sachen der Erbschaft in Besitz genommen, so hätte man das verschieden, bald als eine Anmaßung gegen das Eigenthumsrecht des Erben, bald als eine Verletzung seines Successionsrechts betrachten, daher bald die rei vindicatio, bald die hereditatis petitio dem Erben gestatten können; natürlicher, meine ich, muß man das letzte finden, zumal wenn man sich der alten usucapio pro herede und des damit zusammenhängenden Grundsatzes, daß an Erbschaftssachen kein Diebstahl begangen wird, erinnert; denn darnach mußte es häufig vorkommen, daß Einer sich den Besitz mehrerer Sachen der Erbschaft anmaßte, wo es dann besser war, diese durch Eine hereditatis petitio als durch mehrere Vindicationen zurückzuverlangen: auch mußte eine solche Besitznahme von Erbschaftssachen, wenn sie mit dem Bewußtsein dieser ihrer Eigenschaft geschehen war, mehr als ein unbefugter Eingriff in das Successionsrecht des zur Erbschaft Berufenen, denn als eine Verletzung des Eigenthums erscheinen. Da ferner in der Hereditas nicht

[26] v. Löhr, l. c. S. 19. not.

[27] Das Eigenthum oder Erbrecht enthält den Grund des Klagrechts (actio), der Besitz des Gegners den Grund der Klag-Anstellung: Rhein. Mus. I. 3. S. 179. Der Nichtbesitzer, qui liti se obtulit, oder qui dolo desiit possidere, wird condemnirt, gleich als besäße er wirklich.

bloß Eigenthumsrechte enthalten sind, so ist eine Bestreitung des Erbrechts (durch That, nicht bloß durch Worte) nicht allein durch den Besitz von Sachen möglich, sondern in gleicher Weise auch durch die Anmaßung anderer Rechte der Erbschaft, oder den wirklichen Genuß der reellen Vortheile aus denselben, und es ist consequent, daß auch dadurch, sofern ein Gegenstand der Restitution da ist, die hereditatis petitio begründet wird[28]. Dieser Umstand, daß bisweilen der Gegenstand der Restitution, welche man durch die hereditatis petitio erzwingen will, seiner Natur nach eine rein persönliche Leistung ist, hat wohl Veranlassung gegeben, die hereditatis petitio eine mixta personalis actio zu nennen[29]; aber dennoch ist sie ihrem Wesen nach und gemäß der Ansicht der römischen Juristen eine reine in rem actio, auch wenn gar keine Sachen zu restituiren sind; der Beklagte ist dem Kläger zu Nichts obligirt (was die Voraussetzung der Forderungsklage ist), bevor er condemnirt worden, und daß ihm die Condemnation solche persönliche Leistungen auflegen kann, benimmt der hereditatis petitio so wenig den Charakter der in rem actio, als diesen die rei vindicatio deßhalb verliert, weil der Beklagte ebenfalls in vielen Fällen zu andern Leistungen als der bloßen Herausgabe der Sache verurtheilt wird[30]. Ueberhaupt darf man den Charakter einer Klage nicht nach dem Gegenstande der condemnatio, sondern nach der intentio bestimmen, und dann kann darüber kein Zweifel entstehen, wohin die hereditatis petitio zu zählen ist[31]. Wenn also in L. 7. Cod. de pet. her. der Grund angeführt wird „quoniam hoc mixtae personalis actionis ratio respondere compellat“, so darf uns dieser verkehrte Ausdruck einer späteren Zeit so wenig Zweifel gegen den dinglichen Charakter der hereditatis petitio erregen, als er uns einen in sich widersprechenden Begriff aufdringen kann. Allerdings enthält der Satz, für welchen jener Grund angeführt wird, eine juristisch

[28] M. vgl. L. 18. §. 2. L. 19. D. de her. pet. — L. 9. L. 13. §. 15. L. 14. seq. L. 25. §. 18. L. 42. ibid.

[29] Löhr, l. c. hat die Gehaltlosigkeit dieses Ausdruckes (in dieser Beziehung) gezeigt und wirft mit Recht dem Verfasser der L. 7. Cod. de her. pet. den Ausdruck als unpassend vor.

[30] L. 13. L. 15—22. D. de rei vind. L. 42. 68. ibid. — Richtig bemerkt Löhr l. c. S. 19. „Alle dinglichen Klagen haben die Eigenschaft, daß sie die durch Nichtanerkennung des Rechts oder den Besitz der Sache gegen den Beklagten entstandenen Forderungsrechte zugleich mit dem dinglichen Rechte verfolgen“. (Strenge genommen entstehen die Forderungsrechte erst durch die Condemnation, daher gibt es keine besondere Klage wegen der omnis causa, wenn sie in der Condemnation nicht mitbegriffen war.) Wahr ist demnach auch die Bemerkung in der Note daselbst, daß die persönlichen Leistungen gar nicht einmal etwas Besonderes bei der Erbschaftsklage sind: diese geht auf Anerkennung des Erbrechts: „alles Uebrige ist Folge dieser Anerkennung“.

[31] S. Anm. 24. vgl. Gai. IV. §. 41. und §. 44. vgl. mit §. 13: I. de action. Der Gegenstand der Condemnatio war immer eine persönliche Leistung, da sie ja immer auf Aestimatio in Gelde gerichtet war. Gai. IV. §. 48. — Diesemnach scheint mir auch Thibaut l. c. S. 227 flg. nicht von einer richtigen Ansicht ausgegangen zu sein.

consequente Wahrheit, aber consequent ist sie aus andern Gründen als welche Roßhirt angibt: Der Gegenstand der hereditatis petitio ist die Hereditas, nicht einzelne Sachen; da nun die Hereditas selbst nicht Gegenstand des Besitzes ist, so kann auch von einer longi temporis praescriptio gegen die hereditatis petitio nicht die Rede sein. Doch genug davon, aus welchen Gründen dieser Satz für wahr zu halten sei: daß er wahr sei, wird nicht bezweifelt.

Aber nun fragt sich weiter (und das berührt den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung näher), was bei der hereditatis petitio der Beklagte herauszugeben schuldig ist? Hier macht Roßhirt den Unterschied: wenn die hereditatis petitio auf einzelne bestimmte corpora gerichtet sei, so sei sie eigentlich von der vindicatio rerum singularum nicht verschieden, sie sei dann ganz dinglicher Natur, und weil hier der gesetzliche Grund der L. 7. cit. wegfalle, so läßt er hier, den sonst anerkannten Satz dieses Gesetzes beschränkend, unmittelbar gegen die hereditatis petitio die Einrede der Verjährung zu. Allein, wie bewiesen, ist die hereditatis petitio immer dinglicher Natur, und der angeblich gesetzliche Grund ist gar keiner; auch finde ich wenigstens keine Spur, daß man die hereditatis petitio irgend nach verschiedener Ansicht beurtheilt habe, wenn nur einzelne Sachen oder wenn Sachen und verschiedenartige Rechte zusammen in der Erbschaft enthalten sind, auch durchaus nichts, was, wenn einmal zugegeben worden, daß die Klage gegen den possessor pro herede einzelner bestimmter Sachen die hereditatis petitio ist und heißt, berechtigen könnte, den Satz „hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri“ auf den Fall nicht zu beziehen, wenn durch die hereditatis petitio eben nur die Restitution einzelner Sachen erstrebt werden soll. Vielmehr geht aus dem Schlusse unseres Gesetzes recht deutlich hervor, daß man eine solche Unterscheidung nicht machte, sondern der Satz gerade auch in Beziehung auf diejenigen, welche einzelne bestimmte Sachen pro herede besitzen, seine Anwendung findet. A caeteris autem (d. h. gegen diejenigen, qui nec pro herede nec pro possessore res, quae hereditatis sunt vel fuerunt, possident — L. 4. Cod. 7. 34.) tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est etc.

Freilich aber mußte hier, um die aufgestellte Meinung von der Wirkung der usucapio pro herede aufrecht zu halten, eine solche durch nichts begründete Unterscheidung und den Worten des Gesetzes widerstreitende Erklärung desselben angenommen werden: denn die Erklärung,

welche in dem andern Falle aushelfen soll, mußte doch dann, wenn die Absicht des Klägers gleich von vorneherein nur auf Erlangung einzelner bestimmter Sachen gerichtet war, gar unpassend erscheinen.

Wenn nämlich die hereditatis petitio auf die Universitas gerichtet sei, dann, meint Roßhirt, müsse der Erbe, wegen der einzelnen corpora, die der condemnirte Beklagte nicht restituire, insbesondere mit der Vindication auftreten, wogegen dann longi temporis praescriptio Statt finde. Wäre dieses richtig, so müßte man voraussetzen, daß im Urtheil dem Beklagten noch nicht aufgegeben sei, was er restituiren solle (denn sonst bedürfte es keiner Vindication mehr, sondern der Erbe könnte sich lediglich auf die Condemnation berufen), daß also bloß das Erbrecht des Klägers durch Urtheil anerkannt sei: dann aber müßte der Erbe so gut die einzelnen persönlichen Leistungen durch besondere persönliche Klagen als die Sachen durch besondere Vindicationen einfordern, der Beklagte wäre noch gar nicht condemnirt[32] und unbegreiflich wäre es, wie man dann die hereditatis petitio im Gegensatz gegen diese einzelnen Klagen eine Forderungsklage nennen könnte. Aber die Frage ist auch ganz unrichtig gestellt: was der condemnirte Beklagte herauszugeben schuldig sei? Man muß fragen: Wozu muß der Richter bei der hereditatis petitio den Beklagten condemniren, wenn der Kläger für den Erben erkannt wird? Diese Frage muß ganz analog der Frage beantwortet werden, gegen wen die hereditatis petitio begründet sei; denn sie kann immer gegen denjenigen angestellt werden, der etwas hat (oder doch so angesehen wird), zu dessen Restitution ihn der Richter in Folge dieser Klage condemniren kann. Also ist die Antwort einfach diese: Der Richter muß den Beklagten zur Restitution aller Sachen und Rechte der Erbschaft condemniren, die er pro herede besitzt[33]: pro herede besitzt er aber auch die noch, welche er schon longo tempore pro herede besessen hat, da (nach vorjustinianischem Rechte) der Ablauf der Verjährungszeit den Besitzgrund durchaus nicht ändert, sondern nur dem Besitzer ein Schutzmittel gegen die Eigenthumsklage verleiht[34]. Welche einzelne Sachen nun dahin gehören, kann und wird in der Regel schon im Urtheil angegeben sein; ist das aber auch nicht geschehen, so ist doch nur die Nachweisung erforderlich, daß einzelne Sachen, welche der Erbe in Anspruch nimmt, unter denjenigen begriffen sind, deren

[32] Es wäre nur praejudicium — Gai. IV. §. 44.

[33] L. 9. D. de her. pet.

[34] L. 4. und L. 7. Cod. cit. können jedenfalls nur mit Rücksicht auf das vorjustinianische Recht richtig erklärt werden; übrigens hebt auch Usucapion den früheren Besitzgrund nicht auf. — L. 3. §. 4. D. de poss.

Restitution durch das Urtheil im Allgemeinen aufgelegt worden. Von einer besondern Vindication der einzelnen Sachen, daher von einer nun erst vorzubringenden Einrede der Verjährung kann hier überall nicht die Rede sein; alle einzelnen Ansprüche des Erben gründen sich auf die durch die Condemnation begründete persönliche Verpflichtung zur Restitution der Erbschaftssachen, und von dieser kann auch das Vorbringen, daß man das Eigenthum einiger durch Usucapion erworben habe, so wenig befreien, als die Restitution solcher Sachen erlassen ist, welche der Beklagte von Anfang an als sein Eigenthum, aber ex hereditaria causa, erworben hat, z. B. die Sache, welche ihm der Schuldner der Erbschaft zur Tilgung seiner Schuld tradirt hatte.

Nur wenn der Beklagte nach dem Urtheil noch eine Erbschaftssache in Besitz genommen hat, so muß diese vindicirt werden, natürlich, weil das Urtheil, welches nicht auf die Zukunft gerichtet war, sie nicht betrifft, und weil nun der Beklagte, dem der Kläger als Erbe gelten muß, die Sache ihm auf keine Weise vorenthalten kann, als indem er sein Eigenthum bestreitet oder läugnet, daß die Sache zur Erbschaft gehöre [35]; eine solche Sache kann aber auch nimmermehr von ihm pro herede usucapirt werden.

Es bleibt uns also das an sich gar nicht auffallende [36], nach den Grundsätzen der L. 20. §. 6. D. de her. pet. ganz consequente, durch eine natürliche historische Ansicht unterstützte, durch Exegese aber, wie ich glaube, vollkommen bewiesene Resultat, daß usucapio pro herede nach Justinianischem Rechte zwar stattfinde, aber von der Restitution an den wahren Erben nicht befreie.

Sehr einfältig scheinen im Zusammenhange des Justinianischen Rechts L. 29. D. de usurp., deren Hauptsatz aber wohl durch keine Interpretation entfernt werden kann [37], und L. 2. Cod. pro herede, die man gern erklären möchte, wie Thibaut, System §. 1027., die auch meiner Meinung nach ursprünglich keine andere Bedeutung gehabt hat, aber doch

[35] Wenn aber die Klage durch den Besitz auch nur einer einzigen Sache veranlaßt war, so muß doch der Beklagte Alles restituiren, was er nach dem Anfange des Rechtsstreits auf den Grund des angemaßten Erbrechts erlangt hat. L. 4. D. de her. pet. »Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea coepit possidere, restituet.« — L. 41. D. eodem; was auch noch zum Beweise der Grundlosigkeit der von Roßhirt gemachten Unterscheidung (oben S. 139.) dienen mag.

[36] Man denke sich einen Fall der usucapio pro herede, z. B. es ist ein Testament vorgefunden und darnach die Erbschaft in Besitz genommen, nachher findet sich, daß das Testament widerrufen oder sonst ungiltig ist; oder nach langer Zeit findet sich ein näherer Intestaterbe, als der, welcher die Erbschaft als solcher angetreten hatte; soll hier (und man denke dabei an die kurze Usucapionszeit des ältern Rechts) der Besitzer die usucapirten Sachen dem wahren Erben vorenthalten dürfen? — Man vgl. auch das Recht des Besitzers in gutem Glauben an den Früchten der Sache (oben Anm. 8.).

[37] Unterholzner I. S. 372. not. 371.

als Gesetz in der Justinianischen Sammlung in diesem Falle Usucapion ganz zu läugnen scheint [38]. *

---

Mit dem Hauptsatze der vorstehenden Abhandlung, daß nämlich die vollendete usucapio pro herede auch des Besitzers in gutem Glauben nicht gegenüber der Erbschaftsklage von der Restitution der usucapirten Erbschaftssache befreie, hat sich alsbald Unterholzner einverstanden erklärt im Rhein. Mus. V. S. 26 fg.; ich fand mich aber veranlaßt in meinen Beiträgen S. 75, fg. (vgl. zum Lehrb. §. 531.) noch einmal auf diesen Punkt einzugehen, und ist seitdem der Streit darüber geschlichtet. Die usucapio pro herede überhaupt aber, vorzüglich in historischer Beziehung, ist noch mehrfach Gegenstand gründlicher Untersuchungen gewesen, worunter besonders hervorzuheben die von Huschke in d. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissensch. XIV. 7. S. 145—229. und Fitting im Arch. f. civ. Prax. LII. S. 239—282., sodann Leist in der Fortsetzung von Glück's Pandekten zu den Büchern 37. und 38. (Erlangen 1870) S. 164 fg. 208—232. Vgl. auch oben S. 9. 12 fg.

---

13.

## Muß ein rechtskräftiges Urtheil als genügender Grund der Ersitzung gelten? **

Die Frage, ob ein rechtskräftiges Urtheil im Eigenthumsprocesse einen giltigen Ersitzungstitel begründe (d. h. ob derjenige, welcher eine Sache usucapirt zu haben behauptet, einen genügenden Rechtfertigungsgrund seines Besitzes schon dann bewiesen habe, wenn er eine Anerkennung seines Eigenthums durch Richterspruch nachweiset, oder ob er noch ferner etwa den Grund, aus welchem er sich ursprünglich für den Eigenthümer hielt und worauf er sich in dem früheren Eigenthumsstreite stützte, angeben müsse), scheint mir noch nicht befriedigend erörtert zu sein, und doch wegen ihrer Bedeutung für die wissenschaftliche Ansicht wie für die Anwendung eine genauere Beleuchtung wohl zu verdienen. Donellus bejahte die Frage [1]; dessen Meinung aber hat Unterholzner

[38] Unterholzner a. a. O. S. 368. not. 368.

* Rhein. Museum für Jurisprudenz II. S. 125—148. (1828.)

** Lehrb. §. 159. Anm. 4. a. E.

[1] Comment. iur. civ. lib. 5. cap. 14. §. 13.

schon früher verworfen [2] und neuerdings ausdrücklich zu widerlegen versucht [3].

Es versteht sich, daß der Besitzer, welcher durch ein absolutorisches Urtheil gegen den Kläger im Besitze erhalten worden ist, niemals auf dieses Urtheil als auf einen Ersitzungsgrund sich berufen kann; denn hier liegt der Grund seiner Besitzerwerbung, die vielmehr schon früher aus einem anderen Grunde stattgehabt haben mußte, gar nicht in dem Urtheil, und dieses bestätigt auch nicht das Recht des Besitzes, sondern beruht allein darauf, daß der Kläger sein Eigenthum nicht hat beweisen können. Unsere Frage kann sich also nur auf den Fall beziehen, wenn der Kläger, durch Richterspruch als der Eigenthümer anerkannt, auf den Grund desselben den Besitz der streitigen Sache erlangt hat.

Betrachten wir zuerst die Frage an sich ohne Rücksicht auf betreffende Stellen des römischen Rechts, so scheint die Behauptung richtig zu sein, daß das Urtheil nicht als Erwerbungsgrund des Eigenthums (titulus ad adquirendum dominium habilis) betrachtet und daher die Ersitzung darauf nicht gegründet werden könne, indem es ja vielmehr ausspricht, was auch, wenn es mit der Wirklichkeit im Widerspruche steht, als formelle Wahrheit gelten muß, daß dem Kläger das Eigenthum der streitigen Sache schon früher erworben sei [4]. Ferner ist bekannt, daß ein Urtheil in der Regel nur unter den streitenden Theilen wirksam ist: daher mag nun Derjenige, welcher in Folge Urtheils den Eigenthumsbesitz einer Sache erlangt hat, gegen Dritte mit demselben Entstehungsgrunde seines Rechtes, mit welchem er gegen den früheren Besitzer siegte, hervortreten, nicht aber auf diesen Sieg, der gegen andere als den Besitzer nichts entscheidet, sich berufen.

Dagegen aber läßt sich folgendes erinnern. Wenn man die zur Ersitzung erforderliche justa causa nur als die Grundlage des guten Glaubens ansieht [5], so scheint es unnatürlich, die richterliche Entscheidung über ein bestrittenes Eigenthum nicht als hinreichenden Grund zur Ersitzung gelten zu lassen, da jene doch wohl alle Zweifel an der Giltigkeit des früheren Besitztitels oder des angenommenen Eigenthumserwerbes heben und etwa vorhandene Mängel desselben decken kann. Es ist häufig der Fall, daß Jemand, übrigens ohne unrechtliche Absicht, eine Sache gerichtlich in Anspruch nimmt, ohne selbst fest überzeugt zu sein, daß sie ihm gehöre, weil er auch ein zweifelhaftes Recht nicht aufgeben

[2] Von der Verjährung durch fortges. Besitz. S. 207.
[3] Entwickl. der Verjährungslehre I. S. 400—403. (2. Aufl. I. S. 298 fg.)
[4] Vgl. l. S. S. 4. D. si. serv. vind.
[5] Unterholzner, Verjährungslehre §. 95.

will. In solchen Fällen ist es nun hauptsächlich die richterliche Entscheidung, welche das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit seines Besitzes in dem siegenden Kläger begründet; jene ist hier eigentlich das Fundament seines guten Glaubens, indem er nun seinen zweifelhaften Anspruch durch Autorität des Richters anerkannt sieht.

Man kann aber auch das Urtheil, obgleich der Kläger selbst nicht erst durch dieses zu erwerben glaubt, doch gewisser Maßen als Erwerbungsgrund des Eigenthums ansehen, indem ja dann, wenn der Beklagte wirklich der Eigenthümer war, nun wegen des Urtheils nach formellem Rechte der Kläger für den Eigenthümer zu halten ist, dieser also nun ein Eigenthum in der That hat, was er früher wirklich nicht hatte [6].

Wenn daher auch der Kläger noch persönliche Zweifel hegt, ob dem wirklichen Rechte nach er selbst oder der Beklagte Eigenthümer der streitigen Sache sei, wenn er nur nicht weiß, daß einem Dritten die Sache gehört, so kann er doch nun darauf vertrauen, daß das Eigenthum, welches dem Beklagten vielleicht zustand, durch den Richterspruch jedenfalls auf ihn übergegangen sei. Freilich wirkt das Urtheil nicht gegen Dritte (dann bedürfte es einer Usucapion nicht mehr); aber auch der Kauf und die Schenkung wirken an sich nicht gegen Dritte, welche ihr Recht nicht vom Verkäufer oder Schenker ableiten oder dessen Handlungen vertreten müssen; will ich die geschenkte Sache von einem Dritten vindiciren, so reicht nicht der Beweis der Schenkung hin, so wenig wie in unserem Falle der Beweis des Urtheils, sondern ich muß auch noch das Eigenthum des Schenkers oder Ersitzung von meiner Seite nachweisen. Ein Unterschied liegt nur darin, daß ich die Sache, welche mir im Eigenthumsstreite zuerkannt ist, deren Eigenthümer ich also in der That geworden sein würde, wenn der Besitzer es gewesen wäre, doch nicht mit Berufung auf das Eigenthum desselben vindiciren kann, weil ich mein Eigenthum nicht von ihm herleite, sondern auf andere Gründe hin gegen ihn selbst behauptete. So viel ergibt sich aber hieraus, daß der Satz „res inter alios judicatas aliis non praejudicare" auf die Entscheidung unserer Frage gar keinen Einfluß haben kann, daß vielmehr das Urtheil in dieser Rücksicht allen derivativen Erwerbungen, welche Usucapionsbesitz begründen, gleichsteht. Uebrigens können nach römischem Recht auch Fälle vorkommen, in welchem das Urtheil eine neue Erwerbung im eigentlichen Sinne für den Kläger zur Folge hat, nämlich wenn der Besitzer während des Rechtsstreites die Usucapion

[6] Vgl. Donell. l. c.

vollendet hat[7]. Gesetzt nun, es wäre diesem, indem man irriger Weise die Vollendung der Usucapion angenommen, Tradition oder nach dem alten Recht Mancipation oder in iure cessio der Sache an den Kläger im Urtheil aufgelegt worden, so würde der letzte nun gewiß selbst aus diesem Grunde haben ersitzen und auf seine eigene Ersitzung gegen denjenigen sich stützen können, der etwa in dem Besitze des früheren Beklagten einen die Usucapion desselben hindernden Mangel nachgewiesen hat.

Für die Meinung des Donellus spricht aber auch vorzüglich die Analogie des Vergleichs, indem hier nur an die Stelle der freiwilligen Uebereinkunft die Nothwendigkeit des Urtheils tritt. Daß der Vergleich auch in Rücksicht des Streitgegenstandes einen giltigen Rechtsgrund zur Ersitzung enthalte, behauptet auch Unterholzner[8], indem er sich theils auf die Natur der Sache und die Aehnlichkeit mit der Entrichtung der litis aestimatio, theils auf L. 29. D. de usurpat. bezieht. Die Beweiskraft dieser Stelle möchte ich nun zwar bezweifeln; denn sie spricht von Erbschaftssachen, welche der einzige Erbe dem vorgeblichen Miterben gegeben hat; nun können aber einzelne Sachen der Erbschaft nicht als Gegenstand des Erbschaftsstreites angesehen werden, um so weniger, wenn sie dem Erwerber nicht als Miterben[9], sondern wie hier angenommen wird, um ihn zum Abstande von der Erbschaftsklage, also zum Verzicht auf den eigentlichen Gegenstand des Streites zu bewegen, (ex transactione) gegeben werden, in welchem Falle sie auch sogleich in das Eigenthum des Empfängers übergehen müssen, so daß Usucapion nicht mehr nothwendig und nicht mehr möglich ist[10]. Aber einen bessern und vollgiltigen Beweis dafür gibt die von Unterholzner nur nebenbei angeführte[11] L. 33. §. 3. D. de usurpat.

„Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebo“.

Diese Worte sagen allgemein:

„Wenn mir derjenige, welchen ich mit der Eigenthumsklage belangen will, den Besitz der Sache freiwillig einräumt, so habe ich einen zur Ersitzung genügenden Rechtsgrund des Besitzes“, ohne dabei auf den Beweggrund des bisherigen Besitzers irgend eine Rücksicht zu nehmen. Dieser kann nun bald darin, daß er sich in dem

[7] L. 18. 21. in fin. D. de rei vind. — Vgl. l. S. S. 4. D. si serv. vind.

[8] Verjährungslehre §. 111 a. E.

[9] Dann wäre es kein Vergleich. L. 36. D. fam. ercisc. Vgl. die Abh. über die usucap. pro herede Anm. 7. (oben S. 129.)

[10] Vgl. die cit. Abh. c.

[11] L. c. not. 391. Vgl. die cit. Abh. Anm. 2. (oben S. 125.)

Rechtsstreit nicht einlassen will, sei es, weil ihm das Recht des Klägers gegründet scheint, oder weil ihm die Sache nicht so viel werth ist, daß er sich darum den Unannehmlichkeiten eines Prozesses unterziehen möchte, bald in einem wahren geschlossenen Vergleiche, bald auch in der Absicht, zu schenken, liegen. Vorzugsweise das letzte und daher der titulus pro donato anzunehmen[12], scheint mir unrichtig. Denn derjenige, welcher im Vertrauen auf sein Recht die Klage anstellen will, wird zwar darüber, daß er die Sache ohne Prozeß erhält, mit Recht sich freuen, aber dieselbe doch in der Regel nicht als geschenkte Sache ansehen, wenn auch der Besitzer in der Absicht, seine möglichen oder wahrscheinlichen Ansprüche an die Sache dem Kläger zu schenken, den Besitz demselben überlassen hätte. Diese Absicht darf man aber auch keineswegs voraussetzen, um davon gegen den bisherigen Besitzer Gebrauch zu machen. Man nehme an, der Besitzer lasse sich durch sein Vertrauen zu der Rechtlichkeit des Klägers und durch die Beweisgründe, welche dieser ihm privatim vorlegt, bewegen, demselben die Sache ohne Urtheil zurückzugeben (possessione ei cedere, nicht tradere mit Absicht der Eigenthumsübertragung), nachher aber erhält er ganz sichere Kunde, daß dennoch ihm selbst das Eigenthum der Sache zustehe, so wird man ihm nun gewiß die rei vindicatio nicht verweigern können, was der Fall wäre, wenn man bei der früheren Ueberlassung des Besitzes die Absicht zu schenken oder auf ein ihm etwa zustehendes Recht zu verzichten, voraussetzen müßte.

Wenn nun aber die freiwillige Restitution der streitigen Sache nach dieser Stelle Usucapionsbesitz begründet, so kann es doch unmöglich weniger als justa causa gelten, wenn der Richter dem Kläger, den er für den Eigenthümer erkennt, durch seine Autorität den Besitz der Sache verschafft. Insbesondere ist der Vergleich, der doch der Natur der Sache gemäß einen Ersitzungsgrund enthalten soll, in dieser Beziehung dem Urtheil ganz ähnlich. Er ist als Vertrag nur unter den paciscirenden Theilen wirksam: durch denselben will der eine nicht erst jetzt erwerben, sondern er glaubt schon früher erworben zu haben; er gibt dem Gegner nicht dafür etwas, daß dieser ihm sein Recht an der Sache, dessen Existenz er ja gerade bestreitet, abtrete, sondern zunächst nur dafür, daß er von fernerer Bestreitung des Rechts, welches jener sich beilegt, abstehe, weßhalb auch die Zusammenstellung des Vergleiches mit der Zahlung der litis aestimatio, als welche ein wahres Abkaufen der Sache selbst enthält, nicht ganz richtig ist. Der Vergleich kann also nur in sofern zur Begründung oder Beförderung des guten Glaubens

[12] Unterholzner l. c. §. 116 a. E.

beitragen, als durch denselben die Gegenansprüche eines Andern und daher etwa entstandene Zweifel an der Rechtmäßigkeit unseres Besitzes entfernt werden. Das ist aber, wie wir gesehen haben, gerade so beim Urtheil, und ich sehe daher nicht ein, warum dieses nicht eben so guten Grund zur Ersitzung geben sollte, als der Vergleich. Darin unterscheidet sich freilich dieser von jenem, daß er auch dem bisherigen Besitzer einen Grund zur Ersitzung geben muß, wenn der Kläger durch denselben zum Abstande von der Klage bewogen worden ist. Das beruht darauf, daß im Vergleiche von Seiten des einen doch immer zugleich ein Verzicht auf seine möglichen Ansprüche liegt, daß also der Verzichtende nun nach Abschluß des Vergleichs das Recht des andern in jedem Falle positiv anerkennt, daher diesen auch nicht allein durch eine Klage nicht mehr im Besitze stören darf, sondern auch, wenn derselbe nach zufälligem Verlust des Besitzes gegen ihn klagt, die Sache ihm restituiren muß: da hingegen durch das absolutorische Urtheil ein Recht des Beklagten gar nicht anerkannt wird, daher dieser auch auf dasselbe sich nur berufen kann, um sich gegen eine neue Klage desselben Klägers zu schützen, nicht um selbst eine Klage darauf zu gründen.

Suchen wir nun noch für die hier entwickelte Ansicht über das Urtheil als Ersitzungsgrund eine unmittelbare Bestätigung in den Quellen des römischen Rechtes: so ist es wohl gegründet, wenn Unterholzner die von Donellus angeführte L. 13. §. 9. D. de poss. nicht als beweisend gelten lassen will; denn wirklich scheint diese Stelle nur von der Restitution zufolge eines Obligationsverhältnisses verstanden zu werden[13], vielleicht mit Beziehung auf §. 7. l. c.; denn auch bei der Restitution der Sache zufolge eines dinglichen Anspruches accessio possessionis zuzulassen, scheint doch dem Verhältniß nicht ganz angemessen zu sein. Ferner führte Donellus noch für seine Meinung an L. 15. §. 4. D. de re judicata, welche aber auch nichts entscheidet, obgleich man den großen Bearbeiter des römischen Rechts gegen den Vorwurf einer ganz groben Verwechslung noch wohl vertheidigen kann. Es ist in dieser Stelle die Rede von dem Falle, wenn an den zum Zwecke der Exekution gepfändeten Sachen ein anderer als der Schuldner das Eigenthum anspricht. Dann sollen die Vollzieher des Urtheils summarisch über das bestrittene Eigenthum erkennen.

„Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est: nec eum, cui restituta

[13] Unterh. a. a. O. §. 146.

est, statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario cœperit ab eo res peti. Sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat“.

Es liegt freilich sehr nahe, den letzten Satz hier so zu erklären: „So hat das Urtheil hier keine andere Wirkung, als daß es über die Möglichkeit der pignoris capio entscheidet“. Aber es läßt sich doch wohl erkennen, wie Donellus veranlaßt werden konnte, ihn auf die Usucapion zu beziehen. Er scheint die beiden mit nec — nec anfangenden Sätze nicht als Gegensätze, von denen der erste den Fall einer dem Schuldner ungünstigen, der zweite den einer ihm günstigen vorläufigen Entscheidung der Eigenthumsfrage betreffe, gedacht, sondern einfach so erklärt zu haben: „das Urtheil soll dem Schuldner nicht präjudiciren und daher der, dem die Sache restituirt ist, darauf sein Eigenthum nicht behaupten können, wenn früher oder später darüber das ordentliche Verfahren eingeleitet wird“. Diese Erklärung ist auch nicht ganz ohne Grund; denn wirklich scheint die Beziehung der Worte nec eum cui restituta est etc. auf den Schuldner nicht angemessen, da einestheils, wenn er der Besitzer ist, nicht füglich gesagt werden kann, die Sache werde ihm (durch das vorläufige absolutorische Urtheil nämlich, welches erklärt, daß die Sache gepfändet werde könne) restituirt, anderntheils aber an solchen Sachen, die der Schuldner nicht im Besitz hat, sondern erst von einem andern Besitzer vindicirt, vor der Entscheidung im ordentlichen Verfahren schwerlich die pignoris capio gestattet sein kann. Verstand Donellus aber die Stelle auf jene Weise, so ist leicht erklärlich, wie er dazu kam, das Wort capioni in dem letzten Satze von der usucapio zu verstehen; denn es heißt: sic evenit, ut res judicata capioni tantum proficiat; nach jener Auslegung wäre aber im Vorhergehenden gerade nur der Fall angedeutet, in welchem das Urtheil der pignoris capio im Wege stände. Indessen muß doch alle Beziehung dieser Stelle auf unsere Frage verworfen werden. Denn dem Urtheil, von welchem da die Rede ist, darf keine andere Wirkung beigelegt werden, als daß es über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Pfändung dieser Sache entscheidet. Daher kann also der Sieger auch nicht verlangen, daß ihm nun dem günstigen Urtheil gemäß der Besitz der Sache eingeräumt werde, sondern er muß nun erst den Streit im ordentlichen Verfahren ausfechten. Wenn aber so omnia integra bleiben, so ergibt sich von selbst, daß hier von der Usucapion nicht die Rede sein und das Wort capio nur von der pignoris capio verstanden werden kann. Freilich, wenn der Schuldner bei diesem vorläufigen Urtheil sich beruhigt, und seinem Gegner den Besitz der

Sache überläßt, so muß dieses so gut wie jedes Urtheil Grund zur Ersitzung geben, aber daran hat Ulpian hier gewiß nicht gedacht.

Mit besserem Grunde lassen sich für unsere Behauptung anführen:

1) L. 137. D. de reg. jur.

Qui auctore judice possidet, bonae fidei possessor est.

2) L. 3. D. de Publ. in rem act.

„Est enim justissima causa — — item si res ex causa judicati tradita sit“.

Unterholzner sagt, es sei hier ohne Zweifel nur eine Publiciana utilis adversus eum, contra quem judicatum est, gemeint, nach Analogie derjenigen, welche ex causa jurisjurandi delati et praestiti nach L. 7. §. 7. eodem stattfindet. Ich halte das für sehr unwahrscheinlich. Denn L. 3. 5. und 7 sind gewiß ein fortlaufendes Stück aus Ulpian's lib. 16. ad edict., und jedenfalls müssen wir sie in ihrem jetzigen Zusammenhange erklären, da sie zu wechselseitiger Ergänzung zusammengestellt, und eigentlich mit L. 2. und 4. von Paulus in einander gefügt sind. In L. 3. wird die causa judicati erwähnt, dann in den folgenden bis L. 7. §. 5. andere causae possessionis angeführt, von denen es gewiß ist, daß sie die Publiciana actio im eigentlichen Sinne und Usucapionsbesitz begründen, und deren Wirksamkeit noch durch die Bemerkung in §. 6. hervorgehoben wird: Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar prossessionis respicit. Dann wird erst in §. 7. der Fall vorgebracht: Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris egoque juravero rem meam esse, competit mihi Publiciana, sed adversus te duntaxat. Dieser soll also gewiß nicht dem weit früher erwähnten „ex causa judicati“ gleichgestellt werden, was man um so weniger annehmen darf, da ein Grund dieses Unterschiedes sich sehr leicht darbietet. Eher würde ich L. 3. cit. von der causa judicati aus einer persönlichen Forderung, also von einer Unterart der solvendi causa verstehen, wenn andere Gründe zu einer solchen Auslegung nöthigten. Da aber das durchaus nicht der Fall ist, so bedürfen wir dieser beschränkenden Erklärung nicht, und können die Stelle wohl zum Beweise der, wie ich glaube, auch durch die Analogie gerechtfertigten Behauptung anführen, daß man sich auf ein rechtskräftiges Urtheil als giltigen Ersitzungsgrund allerdings berufen kann. *

* Aus dem Archiv für civilistische Praxis XIII. 15. S. 283—293. (1830).

Gegen diese Abhandlung erschien alsbald eine Widerlegung von Danz, in der Gießener Zeitschr. V. 19. S. 273—289., wodurch ich darauf aufmerksam gemacht wurde, daß ich der L. 137. D. de R. J. einen falschen Text beigelegt habe, wozu ich durch unvorsichtigen Gebrauch einer incorrecten Freiesleben'schen Ausgabe des corp. iuris civ. verleitet worden war; die richtige Lesart ist nämlich: „qui auctore iudice comparavit", nicht „possidet", und findet sich derselbe Satz auch in L. 14. §. 1. D. de relig. 11. 7. vgl. oben S. 16. Die hier vertheidigte Meinung ist denn auch von Andern verworfen worden, namentlich auch von Vangerow, der sie noch in der 6. Auflage seines Lehrb. §. 320. Anm. 3. ausführlich vertheidigt hatte, in der 7. Auflage des Lehrb. I. S. 598 fg., während Sintenis auch noch in der dritten Auflage seines Civilrechts I. §. 51. Anm. 52. dieselbe billigt und Brinz Pand. I. S. 209. das Dasein eines solchen Usucapionstitels nicht in Abrede zu stellen wagt, wegen L. 13. §. 1. D. de iureiur. 12. 2. L. 33. §. 3. D. de usurp. et usucap. 33. 3. Vgl. mein Lehrb. a. a. O. 7. Aufl. S. 250.

---

## 14.

## Ueber die Ersitzung von Sachen der Unmündigen und Minderjährigen.*

Die Frage, ob Sachen der Unmündigen und Minderjährigen der ordentlichen Ersitzung unterworfen seien, ist eine jener leidigen Streitfragen, welche sich von Alters her in unserem gemeinen Rechte fortschleppen und einer befriedigenden Lösung noch nicht einmal sich zu nähern scheinen. Ein Blick in die gangbarsten Lehr- und Handbücher des Pandektenrechts läßt uns die noch jetzt darüber herrschende Meinungsverschiedenheit leicht erkennen. Puchta z. B. läßt die Frage in seinem Lehrbuch (§. 134. n. 7.) unentschieden; an einem anderen Orte beantwortet er sie schlechthin verneinend [1]; ebenso Mühlenbruch [2], Thibaut [3], Wening-Ingenheim [4]. Göschen [5] dagegen, und eben so Vangerow [6] erklären sich für die entgegengesetzte Ansicht, so weit nicht das gesetzliche Veräußerungsverbot von Mündel-

* Lehrb. §. 162. Anm. 1.

1 Cursus der Institut. II. S. 623.

2 Lehrb. §. 261. not. 7.

3 Pand. II. §. 1014. not. a.

4 Lehrb. §. 131. not. t.

5 Vorles. über das gemeine Civilr. II. S. 100—106.

6 Leitfaden für Pand. §. 317.

gütern[7] ein Usucapionshinderniß begründe; und Roßhirt[8], der sich jedoch unklar ausspricht, nimmt von der ordentlichen Ersitzung nur Sachen der Pupillen während der Unmündigkeit, nicht auch Sachen anderer Minderjähriger aus. So wenig also hat eine neuere besondere Abhandlung über diesen Gegenstand[9] die Erledigung des Streites herbeigeführt. Obgleich es nun verwegen wäre, zu hoffen, daß ihm durch folgende Bemerkungen völlig ein Ziel gesetzt werde, so mögen sie doch vielleicht dazu beitragen, dieses Ziel zu erreichen, und ich lege sie daher in solcher Meinung der Prüfung vor.

Ich entscheide mich ebenfalls für die Behauptung, daß Sachen der Unmündigen und Minderjährigen nach Justinianischem Recht von der ordentlichen Ersitzung gänzlich ausgenommen sind, für die Meinung also, welche schon unter älteren Practikern die herrschende war, und welche auch noch Vangerow a. a. O. als die herrschende bezeichnet, und zwar glaube ich, daß diese Behauptung durch die bekannte Verordnung von Justinian, L. 5. Cod. in quib. causis in int. rest. necessaria non est (2. 41.), vollkommen begründet sei.

Unzweifelhaft ist es, daß nach vorjustinianischem Recht selbst Sachen der Unmündigen, geschweige denn mündiger noch minderjähriger Personen, der civilrechtlichen Usucapio unterlagen[10], daß aber die Minderjährigkeit das Recht gab, gegen diese Usucapio, wie gegen andere Rechtsnachtheile, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begehren[11], wobei denn natürlich die gesetzliche Restitutionsfrist zu beobachten war. Bei der longi temporis praescriptio dagegen verhielt es sich anders; hier wurde die Zeit der Minderjährigkeit des verlierenden Eigenthümers in der Berechnung der Verjährungszeit gar nicht mit in Anschlag gebracht; es bedurfte also nicht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, um den Minderjährigen gegen den Nachtheil, der ihm sonst aus dem Ablauf der

[7] Dig. de reb. eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis. 27. 9. Cod. 5. 71.

[8] Civilrecht II. §. 262.

[9] Daniels de usucapione et praescriptione adv. pupillos et minores. Bonnae 1827. Vgl. auch Unterholzner, Verjährungsl. §. 85. 182.

[10] L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5. L. 4. §. 11. D. de usucap. 41. 3. L. 7. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. L. 33. D. de furtis. 47. 2. Freilich wird in L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. als usucapionsunfähig auch die Sache eines Pupillen angeführt (veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata); aber es ist bekannt, daß die Basiliken (lib. 50. tit. 1. cap. 47) hier die Lesart populi statt pupilli angenommen haben; und hält man auch die letzte für die richtige, so könnte sie ja auf einer Interpolation beruhen, und man könnte sie auch nach älterem Recht erklären durch Beziehung auf eine solche Sache, deren Veräußerung verboten war. Das auf dem letzten Grunde beruhende Usucapionshinderniß kommt uns übrigens hier nicht weiter in Betracht.

[11] L. 4. §. 24. D. de doli mali et met. exc. 44. 4. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36.

Verjährungszeit erwachsen konnte, zu verwahren [12]. Nun erließ Justinian obengenanntes Gesetz (im J. 531.), folgenden Inhalts:

Sancimus favore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, ne substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est, intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere; videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu manentibus.

Daß unter den temporales praescriptiones nach dem Sprachgebrauch der damaligen Zeit auch die Usucapion mitbegriffen sein könne, wird nicht bezweifelt. Schon Constantin bediente sich des Ausdrucks: nullam poterit praescriptionem opponere vindicantibus, wo er ohne Zweifel auch die Usucapion ausschließen wollte [13], und in demselben Sinne sagt eine Constitution von Leo (a. 469.): non prohibendis liberis, quandocunque sui iuris fuerint, *nulla temporali praescriptione obsistente*, easdem res vindicare [14]; und Justinian selbst stellt einmal zusammen: Omnis autem temporalis exceptio *sive per usucapionem inducta* sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore majore vel minore introducta [15]. Es steht also sprachlich gar kein Bedenken entgegen, unser Gesetz auch auf die Usucapio zu deuten; ja, man darf nach obigen Beispielen wohl behaupten, daß diese weitere Deutung an sich die größere Wahrscheinlichkeit für sich habe, da man schwerlich eine Constitution der späteren Zeit entgegenstellen kann, worin temporalis praescriptio, in solcher Allgemeinheit gebraucht, doch offenbar nur auf die Klagenverjährung zu beziehen wäre.

Es kommt also darauf an, ob der Inhalt des Gesetzes uns berechtige oder nöthige, die beschränktere Deutung vorzuziehen. Wenn irgendwo

[12] L. 3. Cod. quib. non obiicit. l. t. p. 7. 35.
[13] L. 1. Cod. de bon. mat. 6. 60.
[14] L. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.
[15] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.

der Grund des Gesetzes benutzt werden kann, um den unbestimmten Ausdruck des Gesetzes zu erklären, so scheint mir dieß hier der Fall zu sein. Der Grund ist im Gesetze selbst ausdrücklich ausgesprochen und steht auch mit der gesetzlichen Bestimmung in vollkommener Harmonie. Es ist besser, sagt der Gesetzgeber, daß man den Minderjährigen ihre Rechte unverletzt erhalte, indem man den Rechtsnachtheil, welcher sie durch den Ablauf der Zeit treffen könnte, ipso iure ausschließt, als daß man ihnen, nachdem sie der Rechtsnachtheil getroffen hat, die außerordentliche Hilfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähre, welche durch mancherlei Umstände vereitelt werden kann. Dieser Grund paßt vollkommen auch auf die Usucapion eben so gut, wie auf die Klagenverjährung; es ist besser für den Minderjährigen, wenn die Ersitzung seiner Sache durch einen Andern gar nicht stattfindet, als wenn er gegen die vollendete Ersitzung innerhalb der Restitutionsfrist durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich zu schützen suchen muß. Es wäre auffallend, wenn der Gesetzgeber im letzten Fall absichtlich nicht dieselbe Fürsorge für den Minderjährigen eintreten ließe, wie in Betreff der Klagenverjährung, und eben deßhalb ist bei der Unbestimmtheit seines Ausdruckes anzunehmen, daß er dieß allerdings gewollt habe. Der Grund des Gesetzes spricht also entscheidend für die weitere Deutung. Zwar bemerkt Göschen a. a. O., es müsse für höchst bedenklich gehalten werden, Schlußfolgerungen aus dem in der Constitution angegebenen Grunde zu ziehen, da dieser von so weitem Umfange sei, daß man am Ende dahin kommen könnte, alles und jedes, was einem Minderjährigen nachtheilig sei, für ipso iure nichtig zu erklären. Aber es ist ja hier gar nicht die Rede davon, den angegebenen Grund des Gesetzes selbst zum Gesetz zu erheben, oder einen Rechtssatz daraus abzuleiten, den man in dem dispositiven Theil des Gesetzes gar nicht ausgesprochen finden könnte; nur davon ist die Frage, ob ein hier vorkommender Ausdruck in der engern oder weitern Bedeutung zu verstehen sei, ob die weitere Auslegung der gesetzlichen Verfügung, welche den Worten nach zugestandenermaßen sehr wohl zulässig ist, der Tendenz des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers besser entspreche, als die engere; und um dieses zu erkennen, dazu ist eine Schlußfolgerung aus dem angegebenen Grunde vollkommen zulässig [16].

Ungegründet ist auch, was Vangerow bemerkt, daß schon die Veranlassung des Gesetzes (exceptio non numeratae pecuniae) für die engere Auslegung spreche. Der Kaiser hatte bei Erlassung des Gesetzes

[16] Savigny, System I. S. 228.

zunächst den Ablauf der Frist im Auge, während welcher die exceptio non numeratae pecuniae noch mit der Wirkung, daß der Gegner die Zahlung beweisen muß, vorgeschützt werden kann; es sollte dabei die Zeit der Minderjährigkeit nicht in Rechnung kommen. Er findet sich aber sofort zu einer allgemeineren Bestimmung bewogen, und mit Recht; denn daß eine Urkunde zwei Jahre lang nicht beweiset, was sie aussagt, das ist schon an sich ein besonderer Vortheil, und wenn, um diesen dem Minderjährigen unversehrt zu erhalten, die Zeit der Minderjährigkeit ganz außer Ansatz bleiben soll, so ist dieß gewiß um so mehr in solchen Fällen angemessen, wo der Verlust einer Klage oder des Eigenthums durch Zeitablauf von dem Minderjährigen abzuwenden ist.

Es steht aber in dieser Beziehung die Verjährung der Klagen jener Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae nicht näher wie die Usucapio. Die beiden ersten Fälle sind so verschiedenartig, daß man wahrlich nicht berechtigt ist, wegen ihrer näheren Verwandtschaft die folgende Bestimmung nicht auch auf die Usucapio zu beziehen, auf welche sie ihren Worten und ihrem Grunde nach sehr gut paßt.

Zudem mußte dieselbe gerade bei der Usucapio besonders angemessen erscheinen, da sie bei der ihr am nächsten verwandten longi temporis praescriptio schon bisher gegolten hatte [17]. Die Stelle des Justinianischen Rechts, welche dieses ausspricht, gibt zugleich von anderer Seite her das bedeutendste Argument für die weitere Auslegung der L. 5. Cod. cit. Sie sagt nämlich sehr bestimmt:

> Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non computari. Ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. (Dioclet. et Max.)

Diesen Rechtssatz nun müssen unsere Gegner als unpraktisch ansehen. Göschen erklärt auch ausdrücklich, auf die Ersitzung des Eigenthums lasse er sich nach Justinianischem Recht, nach dem Recht des zweiten Codex, nicht mehr anwenden. Er will ihm nur noch, in so fern die Präscriptio auch gegen das Pfandrecht wirkt, praktische Bedeutung beilegen. Dabei aber übersieht er, daß das Rescript am Ende ausdrücklich den Eigenthümer der Sache nennt, also ganz bestimmt auf die Eigenthumsverjährung hinweist, wie denn auch erst im folgenden Titel des Codex die Beziehung der Präscriptio auf das Pfandrecht zur Sprache kommt [18]. Er müßte also jedenfalls zugeben, daß nach seiner

[17] L. 3. Cod. quib. non obiicit. l. t. p.

[18] Si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36.

Ansicht die Stelle nicht mehr zum Recht des Codex passe und in denselben nicht so, wie sie vorliegt, hätte aufgenommen werden sollen. Ich dagegen halte es für verwegen, einem so klaren und zugleich mit andern Bestimmungen so wohl harmonirenden Ausspruch die praktische Bedeutung abzusprechen; ich kann dazu in dem ganzen Inhalt des Codex durchaus keine Berechtigung finden, wenn ich auch von unserer L. 5. Cod. cit. absehe. Man glaubt sie in der L. un. Cod. de usucap. transformanda zu finden, welche etwa zwei Wochen früher erlassen ist (XV. Kal. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis), als L. 5. cit. (dat. Kal. Nov. post Lampadium et Orestem CC.). Ich muß aber dagegen Widerspruch erheben. Denken wir uns nämlich in die Lage eines Juristen, welcher unmittelbar nach Erlassung jener L. un. de usucap. transform., vor Erscheinen der L. 5. cit., über die vorliegende Rechtsfrage eine Entscheidung zu geben hatte, so ergibt sich folgendes: Es war bis dahin unzweifelhaft Rechtens, und im ersten Codex, der die L. 3. Cod. cit. ohne Zweifel schon enthalten hatte, noch ausdrücklich ausgesprochen, daß bei der Berechnung der Zeit für die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers nicht eingerechnet werden durfte. Dieses Recht kam namentlich überall bei der Eigenthumsersitzung der Provinzialgrundstücke, also bei weitem bei den meisten Grundstücken des damaligen Justinianischen Reiches zur Anwendung, während die civilrechtliche Usucapio der nur ausnahmsweise vorkommenden italischen Grundstücke ipso iure auch während der Minderjährigkeit stattfand und nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen helfen konnte. Nun verordnete Justinian durch jenes Gesetz über die Umwandlung der Ersitzung wörtlich: et in Italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, ita usucapionem transformandam esse, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant. Von den Provinzialgrundstücken sagt der dispositive Theil des Gesetzes unmittelbar gar nichts; nur die Einleitung erwähnt ihrer, um anzudeuten, daß die bisherige Rechtsverschiedenheit zwischen ihnen und den italischen Grundstücken ferner beizuhalten, unangemessen scheine.

Wenn nun auch nicht in Abrede zu stellen ist, daß jetzt auch die Ersitzung der Provinzialgrundstücke eine wahre Usucapio sei, als welche sie in der That schon durch L. 8. pr. Cod. 7. 39. anerkannt worden war, so scheint es mir doch allen Regeln der Interpretation zuwider, anzunehmen, daß durch diese Verordnung eine bisher bei der longi temporis praescriptio geltende so wichtige Beschränkung stillschweigend

aufgehoben sei [19], und vollends konnte sich der Jurist zu dieser Annahme nicht berechtigt halten, wenn er eben diese Beschränkung nachher noch in den revidirten Codex ausdrücklich wieder aufgenommen sah. Mit gleichem Rechte hätte er behaupten können, daß auch die bisherigen näheren Bestimmungen der triginta annorum praescriptio, die in L. un. Cod. cit. unmittelbar neben der longi temporis praescriptio genannt wird, nicht mehr gelten, was Jedermann sogleich für absurd erkennt. Er konnte vielmehr nur so argumentiren: Nach dem neuen Gesetze soll die zweijährige Usucapion der italischen Grundstücke nicht mehr gelten; es soll überall bei Grundstücken nunmehr die zehn- oder zwanzigjährige Präscriptio Anwendung finden, welche bisher ohnehin bei den meisten Grundstücken allein anwendbar war; die Voraussetzungen aber dieser Verjährung sind, so weit sie nicht das neue Gesetz selbst berührt, aus dem bisherigen Rechte zu entnehmen, und darin finden wir klar ausgesprochen, daß die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers von der Verjährungszeit abzuziehen sei, und so wurde es auch bisher bei der Ersitzung aller Grundstücke, mit Ausnahme der wenigen italischen, wirklich gehalten. Wenn auch noch in einigen Stellen der Justinianischen Rechtsbücher die Möglichkeit der Usucapio während der Minderjährigkeit anerkannt wird, so kann uns das in dieser Entscheidung um so weniger irre machen, da die Compilatoren es absichtlich vermieden haben, diesen Ausdruck auf die jetzige Ersitzung unbeweglicher Sachen geradezu anzuwenden, also dabei zunächst nur an die Usucapion beweglicher Sachen gedacht sein kann.

Diesemnach würde also eine vorsichtige und genau erwägende Auslegung unmitelbar nach der Erlassung der L. un. cit. in Betreff unserer Frage zu keinem andern Resultate gekommen sein, als daß bei der ordentlichen Ersitzung unbeweglicher Sachen die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers ganz außer Rechnung bleibe, die Usucapio beweglicher Sachen aber ipso iure Statt finde und nur Restitution dagegen zuläßig sei. Und wenn nun L. 5. cit. nicht, wie wir vertheidigen, in der umfassenderen Bedeutung auszulegen wäre, so müßte dieser Unterschied zwischen der ordentlichen Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen auch jetzt noch behauptet werden; nimmermehr könnte man gegen die klare L. 3. Cod. cit. den Satz behaupten, daß auch die longi temporis praescriptio oder longa possessione capio unbeweglicher Sachen während der Minderjährigkeit des Eigenthümers ihren ununterbrochenen Fortgang habe. Gerade darin aber liegt nun ein entscheidendes Argument für

[19] Vgl. meine Beiträge zum Civilr. und Civilprozeß I. S. 97—101.

die weitere Auslegung jenes nur vierzehn Tage nach L. un. cit. erlassenen Gesetzes; denn Justinian strebte sichtlich die unnöthigen Unterschiede zu beseitigen, und wenn ihm diese bei dem früheren Gesetze nicht alle zum Bewußtsein kamen, so entspricht es doch gewiß dieser Tendenz, ein bald nachher folgendes Gesetz in dem grammatisch vollkommen zulässigen Sinne aufzufassen, wornach dadurch eine noch übrige praktisch wichtige Verschiedenheit beseitigt wird. So spricht also auch der Zusammenhang der Gesetzgebung für die weitere Erklärung[20].

Allein wie ist es mit dieser unserer Ansicht zu vereinigen, daß in den Pandekten, die doch erst zwei Jahre später, als unser Gesetz erlassen ist, vollendet wurden, noch so viele Stellen aufgenommen sind, welche die Usucapion gegen Minderjährige als zulässig bezeichnen? ja, daß sogar in den erst drei Jahre später publicirten zweiten Codex noch ein eigener Titel: si adversus usucapionem (in integrum minor restitui velit), aufgenommen ist? Das Letzte vorzüglich hat Anstoß erregt; denn ein Versehen hier vorauszusetzen, scheint kaum statthaft. Aber es läßt sich vollkommen befriedigend erklären. Man muß nämlich bedenken, daß L. 5. nicht die usucapio ausdrücklich erwähnt, sondern nur allgemein von den Fällen spricht, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant. Die Revisoren des Codex fanden diese neue Constitution vor, und verstanden sie, so wollen wir voraussetzen, eben so wie wir, auch von der Usucapion. Sie fragten sich, ob nun der Titel: si adversus usucapionem ganz auszustreichen sei? Sie beantworteten sich diese Frage ganz richtig: Es ist besser, wenigstens eine Stelle desselben aufzunehmen, welche ausspreche, daß der Minderjährige nach bisherigem Recht auch gegen die Usucapio Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen konnte, also nun L. 5. darauf Anwendung finde; denn es könnte Jemanden einfallen, dieß zu bezweifeln; und sie konnten so durch Ersparung eines Striches künftigen Parteien die Berufung auf andere weniger nahe liegende Beweise dieser Behauptung ersparen. Mit guter Ueberlegung ließen sie also die Constitution stehen, welche sagt: contra eos, qui res minorum tenent, si usucapione dominium acquisierint, restitutionis auxilium eis decerni debet. Zudem konnte diese damals auch noch geraume Zeit von unmittelbar praktischer Bedeutung sein für diejenigen Fälle, wo schon vor Erlassung der L. 5. die Usucapion gegen Minderjährige vollendet gewesen war[21].

[20] Savigny a. a. O.

[21] Vgl. Savigny a. a. O. S. 277 fg.

Was nun endlich die Stellen der Pandekten betrifft, so könnte deren Aufnahme eher schon aus einem Versehen der Compilatoren erklärt werden. Als Justinian die L. 5. cit. erließ, hatte man schon ein Jahr lang an den Pandekten gearbeitet und gewiß schon einen bedeutenden Theil des Materials gesammelt; es ist nicht zu verwundern, wenn nachher hier und da im Zusammenhang einer ganzen Stelle eine Hindeutung auf das durch dieses Gesetz erst abgeänderte Recht stehen blieb, wie ja Aehnliches auch sonst oft genug der Fall ist. Betrachten wir aber die einzelnen Stellen näher, so zeigt sich vollends, daß sie als Gegenargumente gegen unsere Ansicht gar kein Gewicht haben. Ich theile sie in vier Klassen:

1) L. 45. pr. D. de minor. 4. 4. Etiam ei, qui priusquam nasceretur usucaptum amisit, restituendam actionem Labeo scribit.

L. 4. §. 24. D. de doli mali et met. exc. 44. 4. . . Si is, qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit et usucapta sit, exceptionem non nocere pupillo rem suam persequenti, etc.

In diesen beiden Stellen ist anerkannt, daß dem Pupillen Restitution gegen die Usucapio gewährt wird; sie vereinigen sich also mit unserer Ansicht in derselben Weise, wie L. un. Cod. si adv. usucap. Zudem enthält die erste eine nähere Bestimmung, in Betreff des nasciturus, welche keineswegs überflüssig ist. Und die zweite, nur den Fall setzend, daß eine vom Protutor veräußerte Sache des Pupillen usucapirt worden sei, gibt eine Regel an, welche auch nach Justinianischem Rechte noch in allen den Fällen, wo schon vor Erscheinen der L. 5. cit. die Usucapion vollendet war, aber später erst angefochten wurde, von praktischer Bedeutung war; sie sagt deßwegen nicht, daß auch in Zukunft noch eine solche Usucapion Statt finden könne. Uebrigens weiß ich wohl, daß Cujacius in L. 4. §. 24. cit., sich stützend auf die Autorität der Basiliken und auf L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5. statt: et usucapta sit, lesen wollte: nec usucapta sit[22]. Nimmt man diese Leseart an, so fällt die Stelle mit der unter 3) zu besprechenden L. 2. cit. zusammen und gilt von ihr dasselbe, wie von dieser. Indessen ist diese Emendation, wie schon Robertus gegen Cujacius ausführte[23], keineswegs nothwendig; die Worte: pupillo rem suam persequenti können füglich auch auf die Anstellung der restitutoria rei vindicatio von Seiten des Pupillen bezogen werden.

2. L. 4. §. 11. D. de usucap. 41. 3. Si res pupilli surrepta sit,

[22] Cuiacii obs. lib. XV. cap. 22. Vgl. Daniels l. c. p. 48.
[23] Cuiacii opp. edit. Neapol. vol. X. pag. 107—109.

sufficere dicendum est, si tutor eius sciat, rediisse eam in domum pupilli, et si furioso, sufficere curatores scire.

L. 7. §. 3. D. pro emt. 41. 4. Si tutor rem pupilli surripuerit et vendiderit, non contingit usucapio, priusquam res in potestatem pupilli redeat; nam tutor in re pupilli tunc domini locum obtinet, quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat.

L. 33. D. de furtis 47. 2. Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur; et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit, nec usucapi res potest; sed et furti actione tenetur. — Quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adolescentis ceterisque curatoribus.

In diesen drei Stellen scheint die fortwährende Möglichkeit der Usucapion von Sachen der Mündigen und Minderjährigen ganz klar anerkannt zu werden, indem sie nur wegen vorgefallener Entwendung derselben, so lange sie nicht in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sind, ausgeschlossen wird. Aber es ist dabei zu bedenken, daß das durch Entwendung der Sache begründete Hinderniß der Ersitzung viel weiter reicht, als dasjenige, welches nach unserer Auslegung der neueren Verordnung Justinian's dadurch entsteht, daß die Sache einem Pupillen oder Minderjährigen gehört. Das letzte besteht nur so lange, als die Sache im Eigenthum des Unmündigen oder Minderjährigen bleibt; es fällt also ganz von selbst fort, sobald der Eigenthümer volljährig geworden oder das Eigenthum der Sache auf einen Volljährigen, z. B. durch Erbfolge, übergegangen ist. Ist dagegen die Sache gestohlen worden, so bleibt sie für immer der ordentlichen Ersitzung entzogen, so lange bis sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen ist, und es kann sich also das Usucapionshinderniß möglicher Weise leicht über die Zeit der Volljährigkeit des Eigenthümers hinaus erstrecken. Daher kann die Compilatoren durchaus kein Tadel treffen, daß sie obige Stellen aufnahmen, auch wenn sie der Meinung waren, die wir vertheidigen, daß die Sachen der Minderjährigen schon als solche, so lange sie es bleiben, von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen seien. Es ist auch nach unserer Meinung ebenfalls noch eine praktisch wichtige Bemerkung, daß die Wissenschaft des Vormundes genügt, um die Sache als zurückgekehrt in die Gewalt des Mündels anzusehen (L. 4. §. 11. cit.). Es ist nach unserer Meinung ebenfalls noch ein praktisch wichtiger Satz, daß die Entwendung durch den Vormund selbst, so gut wie die

eines Fremden, ein objectives Usucapionshinderniß begründet, das nur durch Rückkehr der Sache in die Gewalt des Eigenthümers wieder beseitigt wird (L. 7. §. 3. u. L. 33. cit.). Es wird nicht gesagt: contingit usucapio, simulac res in potestatem pupilli redeat, welchen Satz man nur durch ein falsches argumentum a contrario aus L. 7. §. 3. ableiten könnte, es heißt nur: non contingit usucapio, priusquam res in potestatem pupilli redeat.

Somit vermindert sich die Zahl der vielen Pandektenstellen, von welchen Göschen a. a. O. spricht, durch diese eine Bemerkung fast um die Hälfte; es bleiben nämlich, so viel mir bekannt ist, nur noch übrig:

3) L. 2. D. de eo, qui pro tutore neg. gessit. 27. 5. Si is, qui pro tutore negotia gerebat, quum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea usucapta est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum est.

Hier wäre allerdings der Zusatz: nec ea usucapta est, überflüssig, wenn die Sache des Pupillen nicht usucapirt werden **kann**. Aber man kann es doch den Compilatoren kaum zum Vorwurf machen, daß sie den Zusatz nicht ausmerzten. Er ist unverfänglich, indem er nur die Nicht-Usucapion voraussetzt. Stellen wir uns vor, es habe der Mitverfasser der Pandekten, der diese Stelle excerpirte, sich wirklich die Frage vorgelegt, ob er den Zusatz nicht wegen L. 5. Cod. cit. ausstreichen solle? Er konnte sehr wohl mit Ueberlegung ihn stehen lassen, erwägend, daß die Stelle nicht aussage, daß eine Sache des Pupillen als solche ferner noch usucapirt werden könne, und daher der künftigen Interpretation überlassend, zu beurtheilen, ob im einzelnen Fall die Usucapion Statt gefunden habe oder nicht. Zudem konnte auch dieser Zusatz etwa noch praktisch bedeutend erscheinen in Beziehung auf die Fälle, wo nach bisherigem Rechte die Usucapion schon vollendet war. Und endlich ist ja auch nach L. 5. Cod. cit., so wie ich sie verstehe, immer noch der Fall möglich, daß in Folge der durch den Protutor vorgenommenen Veräußerung, Usucapion einer Sache des Pupillen Statt finde. Sie ist freilich ausgeschlossen, so lange die Sache Eigenthum des Pupillen bleibt; aber drei Jahre nach dem Tode des Pupillen oder nach dessen Großjährigkeit kann sie vollendet sein. Nun hieße es aber wahrlich verba legis captare, wenn man uns entgegnen wollte, der Satz: petet eam **pupillus**, spreche aus, daß der Pupill noch als solcher die Klage anstelle; der Substantiv **pupillus** bezeichnet hier, wie in vielen ähnlichen Fällen, nur dieselbe Person, von welcher als Pupillen im Vordersatze die Rede gewesen, ohne im Geringsten dabei vorauszusetzen, daß

der gewesene Mündel auch jetzt noch unmündig sei[24]. So verschwindet jedes Bedenken, welches die Aufnahme der L. 2. cit. gegen unsere Ansicht erregen könnte. — Dieselbe Bemerkung ist übrigens auch anwendbar auf L. 4. §. 24. cit., wenn man auch die Textesverbesserung des Cujacius nicht annimmt.

4. L. 2. §. 15. D. pro emtore. 41. 4. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus, usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione[25]: quodsi scias, pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest.

L. 5. §. 2. D. de auctoritate tut. 26. 8. Item ipse tutor et emtoris et venditoris officio fungi non potest. Sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, proculdubio emere potest; sed si mala fide emtio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere potest.

Diese beiden Stellen können vollends unserer Ansicht gar nicht hindernd in den Weg treten. Sie reden nämlich nicht von der Usucapion einer Sache des Pupillen, sondern nur von dem Erforderniß eines rechtmäßigen Erwerbes, auf welchen sich die Usucapion gründen könnte; sie bestimmen nur, in wiefern der Kauf vom Pupillen einen genügenden Usucapionstitel gebe. Bei der letzten Stelle ist dieß am klarsten. Hat der Vormund unter Zustimmung des Mitvormundes redlich eine Sache, die dem Pupillen wirklich gehört, erkauft, so bedarf er der Ersitzung gar nicht mehr und es kann daher keine Rede mehr von derselben sein; er wird sofort Eigenthümer[26]; kauft er unredlicher Weise, so kann er dadurch nicht Eigenthümer werden, wenn auch der Pupill Eigenthümer war, und daher auch nicht Usucapionsbesitzer, der Pupill mochte Eigenthümer sein oder nicht, schon aus dem Grunde nicht, weil es am guten Glauben fehlt. Der Fall der ersten Stelle ist freilich so beschaffen, daß auch, wenn die Sache wirklich dem Pupillen gehört und zugleich der Käufer sich in gutem Glauben befindet, dennoch der Kauf ungiltig ist und daher das Eigenthum nicht gewähren kann, daß also auch in diesem Fall von Usucapion der Sache die Rede sein könnte, wenn die Sache des Pupillen nicht als solche der Usucapion entzogen

[24] Vgl. z. B. L. 13. D. de tutelae etc. 27. 3. »post pubertatem pupilli«.

[25] Ich halte mit Cujacius dafür, daß hier zu lesen sei: ut hic plus sit in existimatione quam in re, oder etwa ut hic plus quam in re sit in existimatione. Vgl. übrigens Daniels l. c. p. 50–58.

[26] Nach älterem Recht konnte freilich noch von Usucapion die Rede sein, insofern dem Käufer die res mancipi nur tradirt war; für das Justinianische Recht kann dieß nicht mehr in Betracht kommen.

wäre. Und ohne Zweifel hat auch der Verfasser der Stelle (Paulus) die Meinung aussprechen wollen, daß in solchem Falle auch die dem Pupillen wirklich gehörende Sache usucapirt werden könne. Aber es ist gleichwohl nicht nothwendig, die Voraussetzung, daß die Sache dem Pupillen wirklich gehöre, als wesentlich in die Stelle hineinzulegen, und gewiß ist dieses auch nicht die Meinung des Paulus gewesen; er wollte nur die Möglichkeit der Usucapion in Folge eines solchen Kaufes anerkennen, ohne Rücksicht darauf, wem die Sache gehöre; er wollte nur anerkennen, daß der Kauf, in solcher Meinung geschlossen, einen giltigen Usucapionstitel abgebe, während der obwaltende Rechtsirrthum über die Veräußerungsfähigkeit des Pupillen eben so jedenfalls die Ersitzung hindere, die erkaufte Sache mag dem Pupillen gehören oder eine fremde Sache sein. Demnach enthält also auch diese Stelle noch einen praktisch bedeutenden Satz, wenn gleich anerkannt wird, daß nach Justinianischem Recht die Sache des Pupillen ohnehin schon als solche der Usucapion entzogen ist. Zudem ist auch hier wieder, selbst für den Fall, daß die Sache dem Pupillen wirklich gehörte, zu beachten, daß das Usucapionshinderniß, welches aus der Eigenschaft der Sache als einer Pupillensache hervorgeht, nur ein vorübergehendes ist, während der Mangel eines giltigen Usucapionstitels die ordentliche Ersitzung für alle Zeiten ausschließt.

Nach allem diesem wird man mir wohl zugestehen, daß die „vielen" Pandektenstellen der weiteren Auslegung unserer Justinianischen Verordnung kein erhebliches Hinderniß in den Weg legen; und wenn nun auch die Aufnahme der L. un. Cod. Si adv. usucap. oben auf befriedigende Weise erklärt worden ist, innere Gründe aber entscheidend der weiteren Auslegung das Wort reden, so wird man die Richtigkeit derselben nun vielleicht fester begründet finden.

Man möge sich nur noch fragen, ob es nicht eine weit gewaltsamere Interpretation ist, die klare und bestimmte L. 3. Cod. quib. non obiic. l. t. p. (7. 35.) ohneweiters für unpraktisch zu erklären, als die übrigen genannten Stellen auf die angegebene Weise mit dieser und mit L. 5. Cod. 2. 41. in Einklang zu bringen? Ich hoffe, es werde die Antwort zu Gunsten der gegenwärtigen Ausführung ausfallen. *

* Gießener Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XX. S. 389—406. (1844.)

15.

# Ueber den Beweis des Miteigenthums.*

Im Rheinischen Museum III. S. 134 fg. wird in einer kleinen Abhandlung die Ansicht Weber's, daß dem Beklagten, welcher den Vertrag, jedoch mit Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung, eingesteht, keineswegs der Beweis dieser Bedingung aufzubürden sei, mit triftigen und klar entwickelten Gründen gegen andersmeinende vertheidigt. Es sei mir gestattet, daneben eine andere Frage aufzustellen, deren Beantwortung nach der allgemeinen Ansicht der Sache zum Theil mit jener Ausführung zusammentrifft. In vielen Gerichten nämlich ist, wie ich von erfahrenen Geschäftsmännern weiß, als unbestrittener Grundsatz angenommen, daß der Besitzer, welcher dem Kläger das Eigenthumsrecht einräumt, aber zugleich Miteigenthümer zu sein behauptet, sein Miteigenthum beweisen oder dem Kläger die ganze Sache herausgeben müsse. Ich glaube nun, daß dieser Grundsatz nach gehöriger Erwägung der Bedeutung eines solchen Geständnisses eben so wenig als die von Hasse a. a. O. widerlegte Meinung sich rechtfertigen läßt, und behaupte vielmehr, daß der Kläger in diesem Falle den Beweis seines Alleineigenthums führen muß.

Betrachten wir den Fall zuerst ohne Rücksicht auf die juristischen Gründe für die eine oder die andere Entscheidung, so ergibt sich auch hier, was dort S. 140 bemerkt wird, daß in jenem Grundsatze gewissermaßen eine Nöthigung zur Unredlichkeit liegt. Räumt der Besitzer dem Kläger gar nichts ein, so muß dieser den völligen Beweis seines Eigenthums führen und jener bleibt bis dahin im alleinigen Besitze, im Genuß des ganzen Eigenthums der Sache. Soll er nun, indem er zur Hälfte das Eigenthum dem Kläger zugesteht, gleich zum Beweise seines Eigenthums an dem andern Theile verpflichtet werden, so hat er allerdings eine dringende Veranlassung, das Eigenthum des Klägers ganz in Abrede zu stellen, wenn er von seinem Rechte überzeugt seinen Beweisen mißtraut, oder auch nur die Kosten einer weitläufigen Beweisführung scheuen muß; es ist ihm dieses vorsichtige Läugnen einer ihm als wahr bekannten Thatsache kaum zum Vorwurf zu machen; denn wenn es darauf ankommt, ob er oder ein Anderer durch Urtheil einen Theil des Seinigen verlieren soll, wie kann ihm zugemuthet werden, daß er

* Lehrb. §. 166. Anm. 3.

freiwillig diesen in die bessere Lage versetze? Wer redlicher sein will, wird, wenn er vorsichtig ist, des Klägers Recht wenigstens nur bedingt eingestehen — nämlich wenn auch der Kläger des Beklagten Miteigenthum anerkenne —, wodurch jener gezwungen würde, entweder das Geständniß ganz fallen zu lassen, oder auf anderweitigen Beweis seines Alleineigenthums zu verzichten. Diese Bemerkung ist nun freilich kein Argument für unsere Meinung; aber sie muß geneigt machen zu glauben, daß diese auch durch andere Gründe als richtig zu erweisen sei, und wird die überzeugende Kraft derselben verstärken. Ich will also versuchen, diese Gründe, wie sie sich aus der juristischen Ansicht der Sache ergeben, darzulegen.

Wer das Eigenthum einer Sache in Anspruch nimmt, muß wenigstens eine Thatsache erweisen, durch welche er dasselbe erworben habe. Nehmen wir nun an, er habe, nicht durch ein Geständniß, einen Beweis geführt, der ihn aber ausdrücklich und bestimmt nur als den Eigenthümer eines Theils dieser Sache darstellt, so wird man ihn doch ohne Zweifel mit seinem Anspruche an den übrigen Theil abweisen müssen, da der Richter durchaus keinen Grund hat zu glauben, daß jenem daran mehr Recht, wie dem Beklagten zustehe, dieser also vorläufig so weit im Besitze zu erhalten ist. Darin kann auch das natürlich gar keinen Unterschied machen, ob er für einen physischen oder intellectuellen Theil sein Eigenthum nachgewiesen hat. Man denke sich nur folgenden Fall: Der Streit betrifft ein Grundstück, zufällig von ganz gleichmäßiger Beschaffenheit, dessen intellectuelle Hälften also sehr leicht durch eine physische Theilung vertreten werden können: der Kläger beweist nun z. B. durch einen Kaufbrief, daß er von einem der zwei Erben des unbestrittenen frühern Eigenthümers den einen Theil dieses Grundstücks, das der Beklagte als ungetheiltes Ganze besitzt, rechtmäßig erworben habe: Niemanden wird es einfallen, dem Kläger auf seine bloße Behauptung hin nun den Besitz des ganzen Grundstücks zuzusprechen, bis etwa der Beklagte beweise, daß er den Antheil des andern Erben erworben habe; denn in Beziehung auf diesen hat er ja vor dem Beklagten gar keinen, dieser aber vor jenem als Besitzer den Vorzug. Und gewiß wird man auch darauf kein Gewicht legen, ob die vom Kläger beigebrachte Beweisurkunde die intellectuelle Hälfte des den Erben noch gemeinschaftlichen, oder die physisch bestimmte Hälfte des unter diesen schon getheilten Grundstücks als den Gegenstand der Erwerbung bezeichnet. Nach derselben Ansicht muß aber nun offenbar auch dann das Urtheil gefällt werden, wenn der Beklagte das Miteigenthum ohne Beweis einräumt: wie man

das Geständniß auch ansehen mag, man kann auf keine andere Entscheidung kommen. Betrachtet man es als Beweismittel, so ist die Consequenz einleuchtend, daß dadurch nur das, was in demselben wirklich zugestanden ist, also in unserem Falle nur Miteigenthum als erwiesen gelten, daß also der Kläger eben so wie in dem angeführten Beispiele nur Anerkennung des Miteigenthums auf den Grund des Geständnisses erlangen kann. Betrachtet man dieses als eine freiwillige Einräumung zum Vortheil des Klägers, als eine Entäußerung seines Rechts auf einstweiligen Schutz seines Besitzes, mit einem Worte, als Zugeständniß eines Rechts, das den Beweis überflüssig macht, so ist wieder offenbar, daß dieses nicht über die deutliche Meinung des Geständigen ausgedehnt werden darf; man muß vielmehr behaupten, daß es nach einer allgemeinen Regel im Zweifel auf die dem Verzichtenden am wenigsten nachtheilige Art ausgelegt werden müsse.

Mit dieser Entscheidung stimmt auch die verständige Entwicklung Gönner's über die Bedeutung eines qualificirten Geständnisses überhaupt, womit jedoch die zum Theil berichtigenden Bemerkungen von Linde zu vergleichen sind, vollkommen überein[1]: was ich deßwegen berühre, weil man wohl eben in dieser Gönner'schen Ausführung eine Unterstützung für die entgegengesetzte Ansicht zu finden geglaubt hat. Die Streitfrage über die Wirkung eines qualificirten Geständnisses ist ein merkwürdiges Beispiel, wie man sich durch verunglückte Begriffsbestimmung und verkehrte Auslegung einer halbwahren Regel die Einsicht in eine Sache getrübt hat, die an sich sehr einfach einem geübten juristischen Gefühl, man sollte meinen, leicht zu entscheiden wäre, weßhalb die römischen Rechtsquellen derselben kaum einmal erwähnen[2]. Was in einem Geständniß oder richtiger was in der Antwort des Beklagten, die über irgend etwas ein Geständniß enthalten soll[3], wirklich als eingeräumt erscheint, wenn man sie in ihrem Zusammenhange mit gesundem Verstande auslegt, das kann nimmermehr noch Gegenstand des Beweises in diesem Rechtsstreite sein. Die Behauptung, ein Geständniß sei untheilbar, ist also zwar in so fern gewiß richtig, als man dabei denkt, es müsse in seinem Zusammenhange erklärt werden; denn ein Satz aus seinem Zusammenhange gerissen kann etwas ganz anderes sagen, als der Beklagte

[1] Gönner, Handb. des Proz. 2. Bd. Nr. 43. §. 14 fg. §. 18—22. Vgl. Linde, Abhandlungen. Bonn 1823. S. 90—94. S. 113 fg.

[2] L. 26. §. 2. D. deposit. s. Linde S. 105.

[3] Nur dadurch, daß man die ganze Antwort des Beklagten Geständniß nannte, ist man zu dem Begriffe eines qualificirten Geständnisses gekommen; denn Geständniß an sich ist immer entweder ganz oder gar nicht Geständniß, mag es nun alle vom Kläger behaupteten Thatsachen betreffen oder nur einige derselben.

sagen wollte: aber grundlos ist es, ein Geständniß in der Art für untheilbar zu halten, daß der Kläger auch das wirklich Eingestandene nicht anders benutzen dürfe, als wenn er zugleich die Wahrheit der hinzugefügten Beschränkungen nicht bestreiten wolle. Es sei denn, daß das Geständniß bedingt war; denn ein solches ist noch gar nicht Geständniß, sondern nichts als ein Vergleichsantrag.

Es kommt nun Alles darauf an, sagt Gönner, ob das Geständniß das Recht des Klägers an sich vollkommen richtig darstelle, folglich die beigefügte Limitation als eigene Behauptung des Beklagten anzusehen sei, um das Recht des Beklagten, so weit es aus dem Zugestandenen fließet, zu zerstören — oder ob das Eingeständniß an sich das Recht des Klägers noch unvollständig darstelle, somit die Limitation nur als Abläugnen einer Thatsache zu betrachten sei, ohne welche das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann. Im letzten Falle hebt das Geständniß die Verbindlichkeit des Beklagten nicht auf, das durch die Limitation Abgeläugnete zu beweisen; im ersten Falle hingegen ist sein Klagrecht außer Zweifel gesetzt, bis es durch die vom Beklagten zu beweisenden Gegenbehauptungen entkräftet wird. Kurz kann man sagen: Sobald der Beklagte mittelbar (durch Einräumung von erheblichen Thatsachen) oder unmittelbar das Recht des Klägers, den Klaggrund, vollkommen eingeräumt hat, aber auch nur so weit dieses geschehen, ist der Kläger von fernerem Beweise frei. Bei einer klaren Vorstellung von den Voraussetzungen der Klage muß man damit immer zu einer richtigen Entscheidung kommen; man braucht nur, um sicherer zu gehen, jedesmal den Inhalt eines Geständnisses mit dem in gleicher Weise beschränkten Resultat einer andern Beweisführung zu vergleichen.

Diesemnach ist also, wer den Vertrag zugibt, aber Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung behauptet, zum Beweise dieser Bedingung nicht verpflichtet; denn indem er nur einen bedingten Vertrag eingesteht, läugnet er in der That den Klaggrund. Eben so wenn Jemand den Kläger als Eigenthümer anerkennt, aber Miteigenthum behauptet, so ist nur Miteigenthum des Klägers gewiß, weiter aber der Grund der Klage geläugnet worden, also der Kläger, so fern er Alleineigenthum in Anspruch nimmt, nicht vom Beweise frei. Aber, könnte man sagen, der Beklagte des Klägers Eigenthum eingestehend behauptet doch, daß er Miteigenthümer sei, und diese selbständige das zugestandene Recht theilweise zerstörende Behauptung muß er beweisen? Dieser Einwurf beruht indessen nur auf einer unrichtigen Auslegung der Antwort des Beklagten und enthält einen Verstoß gegen die Regel, daß man das

Geständniß immer in seinem Zusammenhange auffassen soll. Denn eben indem der Beklagte die Behauptung beifügt, daß er Miteigenthümer sei, deutet er an, daß er in den vorhergehenden Worten dem Kläger keineswegs Alleineigenthum zugestehen, dieses vielmehr läugnen will. Auch ist es ganz zufällig und daher für die Bestimmung der Beweislast völlig gleichgiltig, daß der Beklagte zugleich behauptend sagt: ihm stehe das Miteigenthum zu; da diese Behauptung wirklich nur eine andere Form der Verneinung, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, also ein Abläugnen des Rechts ist, so wie es vom Kläger in Anspruch genommen wird. Eben so könnte der Besitzer gegen den Kläger die Behauptung vorbringen (wie das auch gewöhnlich der Fall ist), daß er selbst alleiniger Eigenthümer sei, ohne daß deßhalb das Verhältniß zwischen Besitzer und Kläger in Beziehung auf den Beweis im Geringsten ein anderes wäre, als wenn er schlechthin läugnend geantwortet hätte, der Kläger sei gar nicht Eigenthümer.

Also soll der Kläger beweisen, daß kein anderer Miteigenthümer sei? Er beweise nur, daß er Eigenthümer der Sache ist, wie er es bewiesen haben würde, wenn der Beklagte gar nichts eingestanden hätte; und wenn er eine Erwerbung nachweist, bei welcher von einer Beschränkung auf einen Theil keine Rede ist, so mag er den Sieg davon tragen; — nach dem Geständniß allein aber kann er nie mehr erlangen, als ihm zugestanden ist.

Was das preußische Recht angeht, so wird zwar der Instruent den Beklagten, der Miteigenthum vorgibt, auffordern, den Grund seiner Behauptung, die Erwerbungsart, wie seine Beweismittel zu nennen, um ihn so zu veranlassen, daß er des Klägers Anspruch völlig einräume; wenn aber der Beklagte bei seiner Behauptung beharrt, so muß am Ende der Beweis nach derselben Regel, die wir oben aus der Natur der Sache abgeleitet haben, dem Kläger aufgelegt werden. Denn daß hier der Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze im preußischen Prozeß nichts entgegenstehe, hat schon Linde a. a. O. nachgewiesen.*

* Rhein. Mus. für Jurisprudenz. III. S. 216—221. (1829.)

16.

# Zur Begriffbestimmung der Servituten.*

Rec. der Schrift von Rudolf Elvers, die römische Servitutenlehre, erstes Heft (384 S.), Marburg 1854.

Eine neue Bearbeitung der Servitutenlehre wird kein Kundiger, ungeachtet der noch ziemlich jungen Schriften von Luden und Hoffmann über diesen Gegenstand, als ein überflüssiges Werk verschmähen. Der Verfasser hat sich derselben, und zwar zunächst auf das reine römische Recht sich beschränkend, unterzogen, in der Absicht, dadurch eine sichere Grundlage zu einer entscheidenden Beantwortung der Frage zu gewinnen, „ob und in wie weit das römische Servitutenrecht in unseren Rechtszuständen zur Anerkennung und völligen Geltung gelangt sei“. Das Ziel, das sich der Verfasser vorgesetzt, ist ein bedeutendes, und insofern muß die kritische Ueberschau das Unternehmen des Verfassers als ein zeitgemäßes begrüßen. In welchem Maße dasselbe auch erfolgreich sei, das wird sich freilich erst nach Vollendung des Werkes vollkommen beurtheilen lassen. Der vorliegende Theil gibt uns zunächst nur in einer Einleitung des Verfassers Ansicht über die historische Entstehung dieses Rechtsinstituts, als dessen älteste Erscheinungen er die Wege- und Wasserleitungsservituten, dann den Usufructus betrachtet, und über die Bildung des Gesammtbegriffs der Servituten, dann in der ersten Abtheilung den allgemeinen Theil der Servitutenlehre (bestehend aus 6 Capiteln: 1) Die Servituten und das Eigenthum, 2) die Subjekte der Servituten, 3) Beschaffenheit der belasteten Sache, 4) Inhalt und Umfang der Servituten, 5) Ausübung der Servituten seitens anderer Personen als des ursprünglich Berechtigten, 6) Servitutähnliche Verhältnisse), und geht dann zu der zweiten Abtheilung „die einzelnen überlieferten Servitutenbildungen“ über, von welcher aber erst des ersten Abschnitts „die Realservituten“ erstes Capitel, den Unterschied zwischen servitutes rusticae und urbanae betreffend, vor uns liegt. Im allgemeinen ist gewissenhafter Fleiß und umsichtiges Urtheil in dem Werke nicht zu verkennen, wenn gleich es an einer gewissen freilich nicht seltenen Breite der Darstellung leidet, welche nicht in gleichem Maße mit Klarheit und Bündigkeit der Entwicklung gepaart ist. Ohne für jetzt in’s Einzelne einzugehen, wollen wir einstweilen nur einen Punkt besonders hervor-

* Lehrb. §. 175. Anm. 1.

heben, die Construktion des Begriffs der Servituten, also gewissermaßen die Grundlage des ganzen Werkes. Der Verfasser glaubt den Kern der Sache gefunden zu haben, indem er folgenden Begriff aufstellt: „Eine Servitut ist die durch eine eigene dingliche Klage geschützte Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache, vorausgesetzt, daß diese Herrschaft entweder mit der Herrschaft über eine andere körperliche Sache untrennbar verbunden oder von dem Leben einer individuellen Person in der Weise abhängig gemacht ist, daß sie stets mit diesem zugleich erlöscht". Gegenstand des Servitutrechts ist nicht die körperliche Sache, welche vielmehr ganz dem Eigenthümer gehört, sondern „ein ganz anderes Objekt, als woran das Recht des Eigenthümers besteht", nämlich eine einzelne positive oder negative Eigenschaft derselben, welche, durch die Servitutbestellung aus ihr herausgenommen, als eine eigene selbständige Sache fingirt wird, z. B. die Eigenschaft, Früchte zu tragen, oder die Eigenschaft, vermöge deren ein Höherbau nicht in Folge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit eintritt, sondern die Folge willkürlicher menschlicher Handlungen ist. Aber die Servitut ist doch ein jus in re aliena; „denn das Objekt derselben, die fingirte Sache, ist ja in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten, und darum hat der Servitutberechtigte das Recht, aus dieser seine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden".... „Auf diesem Wege erreicht nun das römische Recht daß, trotz der Servitutbestellung, das Eigenthumsrecht unbeschränkt und unbegränzt bleibt, und durch dieselben nur die Sache, welche Gegenstand des Eigenthums ist, mittelst Ausscheidung einer in ihr enthaltenen Eigenschaft verkleinert wird, gleichsam als ob ein körperlicher Theil derselben veräußert würde". Greller Widerspruch auf einer Seite! Zuerst wird die Eigenschaft durch die Servitutbestellung von der Sache getrennt; Gegenstand des Eigenthumsrechts bleibt nur, was übrig ist, die intensiv verkleinerte Sache; gleich nachher befindet sich die Eigenschaft doch noch „in der körperlichen Sache des Eigenthümers", und der Servitutberechtigte hat nur das Recht, sie zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden; einmal besteht die Servitut an einem ganz anderen Objekt, als das Eigenthumsrecht, und dann ergreift doch das letzte auch wieder die Eigenschaft, welche der ersten Gegenstand ist, soweit der Servitutberechtigte diese Eigenschaft nicht benutzt. Es geht bisweilen fast in's Komische, in welchen Redewindungen der Verfasser seine Anschauung zu halten sucht. So sagt er S. 45, bei der Wegegerechtigkeit sei „nicht die Eigenschaft des Grundstücks, vermöge deren auf demselben gegangen

werden kann, Gegenstand der Servitut"..., „sondern es ist nur die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren dieser bestimmte Berechtigte in der und der Richtung und in der und der Weise auf dem Grundstücke gehen kann". Daher wird der Eigenthümer höchstens dann, wenn er gerade gleichzeitig mit dem Servitutinhaber auf demselben Wege und in derselben Weise gehen will, „fühlen, daß eine Eigenschaft seiner Sache in fremden Händen ist, und — hier muß er dann ausweichen, ja selbst umkehren, wenn er dem Berechtigten auf einem für das Ausweichen zu engen Wege begegnet". Und weiter! „bei Bestellung einer servitus altius non tollendi wird die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren jemand fordern kann (man bemerke wohl: eine Eigenschaft des Grundstücks, vermöge deren jemand fordern kann!), daß das Haus nicht höher gebaut werde, jedoch diese nur so weit veräußert, als eine bestimmte Person, nämlich der Servitutberechtigte, solches fordern kann". Consequent nach S. 38 hätte der Verfasser sagen müssen, es werde hier die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren ein Höherbau nur die Folge willkürlicher menschlicher Handlung ist: freilich ein wunderliches Rechtsobjekt!

Solche Künstelei sollte ächt römisch sein? Nein, sie ist ein ächt deutsches Produkt, zwar nicht deutschen Lebens, aber deutscher unlebendiger Gelehrten-Reflexion. Der Verfasser bemerkt S. 37: die römische Denkart habe der Bildung von Servituten als Beschränkungen des wichtigsten Rechts den möglichsten Widerstand entgegengesetzt. Als aber das Bedürfniß mehr und mehr Servituten entstehen ließ, da habe man diesen einen Charakter abzugewinnen gesucht, „der die nationale Denkart am wenigsten verletzte, und so faßte man sie nicht auf, als ob sie dieselbe Sache wie das Eigenthum zum Gegenstande hätten und deßhalb mit diesem collidirten, dieses begränzten, sondern als ob sie an einer ganz anderen allerdings nur fingirten Sache beständen". Die gutmüthigen Leute, die mit so leichtem Blendwerk ihr nationales Bewußtsein beschwichtigen konnten, wahrlich, noch gutmüthiger, als der Deutsche —! Nein, die Römer waren praktische Leute, die für Befriedigung des im Leben hervortretenden Bedürfnisses in bedächtigem Fortschritt die rechte Form zu finden und auszubilden wußten, nicht — Kinder, die sich etwas weiß machten oder weiß machen ließen, und dabei so kurzsichtig, daß sie das Blendwerk ohne es zu merken selbst wieder zerrissen, indem sie die Servitut ein jus in re (sc. corporali, die doch dem Eigenthümer gehören soll) nannten. Uebrigens hat jene eitle Begriffsverwickelung den Verfasser nicht gehindert, die einzelnen Fragen der Servitutenlehre mit

Umsicht und Erfolg zu behandeln. Auch klebt er nicht so fest an jener seiner Vorstellung, daß nicht öfter dafür die geläufigere Vorstellung und Bezeichnung der Servituten als aus dem Eigenthum ausgeschiedener oder von demselben abgezweigter Befugnisse sich einstellte.*

---

17.

## Verpachtung durch den Nutznießer.**

Das Recht der Nutznießung an einem fruchttragenden Grundstück gibt zunächst die Befugniß, die natürlichen Früchte des Grundstücks sich zuzueignen. Nach römischem Rechte erwirbt sie der Usufructuar durch Perception. Er erwirbt auf solche Weise alle Früchte, sofern nur die Perception während der Dauer des Nutznießungsrechts vollzogen ist, auch diejenigen, die bei Beginn des Rechts schon zur Ernte reif waren, auch diejenigen, die er noch unreif von der Hauptsache zu trennen für gut befunden (L. 48. §. 1. D. de usufr. 7. 1.). Dagegen mit der Endigung des Nutznießungsrechts hört auch sofort jene Perceptionsbefugniß auf; er hat keinen Anspruch mehr auf Erwerb der noch nicht vom Grundstück getrennten Früchte, mögen sie auch zur Zeit der Endigung des Nießbrauchs schon zur Ernte reif gewesen sein; er hat nicht einmal Anspruch auf die damals schon ohne sein Zuthun getrennten Früchte, die er sich nicht angeeignet hat (L. 13. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4.).

Aber der Usufructuar ist auch befugt, die Ausübung seines Rechts, also in unserem Falle die Perception der natürlichen Früchte des Grundstücks, einem Andern zu überlassen, unentgeltlich oder entgeltlich: Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest (L. 12. §. 2. D. de usufr.). Thut er dieß entgeltlich, so liegt in dem Bezug der Gegenleistung für ihn ein Fruchtbezug; die Gegenleistung ist für ihn eine sogenannte bürgerliche Frucht. So der Kaufpreis, wenn er die Ausübung seines Rechts für einen Gesammtpreis ein für allemal überlassen hat; so der Pachtzins, wenn er gegen einen jährlich oder nach andern Zeiträumen, so lange die Pachtung dauert, zu zahlenden Zins dem Andern die Ausübung seines Rechts überlassen hat. Welche Befugnisse haben nun der Käufer, der Pächter

* Aus der krit. Ueberschau II. S. 161—165. (1855.)

** Lehrb. §. 79. Anm. 1.

hiernach in Ansehung des natürlichen Fruchtbezugs? Natürlich keine andere und umfassendere, als der Nutznießer selbst, der ihnen eben die Ausübung *seines* Rechts überlassen hat. Wohl ist es möglich, daß deren persönliche Ansprüche aus dem Contractsverhältnisse sich auf Mehr erstrecken, als ihnen die Ausübung der Rechte des Nutznießers gewährt, z. B. wenn dieser ohne Rücksicht auf die Dauer seines Rechts das Grundstück auf längere Zeit in Pacht gegeben hätte. Allein dem Eigenthümer gegenüber können ihre Befugnisse nicht weiter gehen, als die des Nutznießers, da nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. Folglich wird der Käufer der Nutznießung anstatt des Verkäufers, so lange das Recht des letzten dauert, alle Früchte des Grundstücks percipiren können, aber auch sofort nach Beendigung dieses Rechts, also jedenfalls vom Tode des Nutznießers an, alle bis dahin noch nicht percipirten Früchte dem Eigenthümer überlassen müssen. Dieß ist auch meines Wissens noch von Niemanden verkannt oder beanstandet. Aber bei der Pachtung ergibt sich eine eigenthümliche Schwierigkeit, welche zu Meinungen Anlaß gegeben hat, die von dem oben angegebenen einfachen Grundsatz abweichen. Der Pachtzins ist der periodisch zu entrichtende Entgelt für den je in eine von der Pachtung eingeschlossene Fruchtperiode fallenden Fruchtgenuß, mit einem Worte, für die jedesmalige Ernte je eines Pachtjahres oder einer Fruchtperiode. Wie nun, wenn das Ende des Nießbrauchs innerhalb eines Pachtjahres eintritt? Manche haben behauptet, es müsse hier eine verhältnißmäßige Vertheilung des Pachtzinses für dieses Pachtjahr zwischen dem Eigenthümer als nunmehr Fruchtberechtigten und dem Nutznießer oder dessen Erben eintreten, indem sie dem Pächter noch den vollen Fruchtbezug für dieses ganze Jahr zusprechen. Diese Meinung ist aber als völlig grundlos zu verwerfen. Der Vertrag zwischen dem Nutznießer und dem Pächter verpflichtet den ersten, den Fruchtbezug, welcher ihm kraft des dinglichen Rechtes zusteht, so weit er reicht, dem letzten zu überlassen, und berechtigt ihn, von diesem, soweit derselbe die Früchte wirklich bezogen hat, den entsprechenden Pachtzins zu fordern; den Eigenthümer, dem nach Beendigung des Nießbrauchs das Fruchtrecht von selbst wieder zufällt, geht jener Vertrag nichts an. Er kann sofort ohne Rücksicht auf denselben sein Recht des Fruchtbezugs ausüben, also den Pächter an fernerer Fruchtperception hindern, und für die seit Beendigung des Nießbrauchs etwa schon percipirten Früchte vollen Ersatz fordern; nur hat er die Bestellungskosten zu vergüten. Weder hat er ein Recht darauf, daß ihm der Pachtzins pro rata parte gezahlt werde, wenn

etwa derselbe im Vergleich mit dem wirklichen Fruchtertrag des treffenden Jahres vortheilhaft, noch braucht er sich mit der rata pars des Pachtzinses zu begnügen, wenn er ihm zu gering erscheint. Hat etwa der Pächter das Pachtgeld dem Nießbraucher vorausbezahlt und darauf vor Ende des Nießbrauchs die entsprechenden Früchte gar nicht mehr oder nur zum Theil percipirt, so hat der Nutznießer oder dessen Erbe ihm, nicht dem Eigenthümer, das ganze Pachtgeld oder den entsprechenden Theil desselben zurückzuerstatten: es sei denn, daß dem Pächter in Ansehung der Perception eine Nachlässigkeit vorzuwerfen wäre. Hat dagegen der Pächter die Ernte des letzten Jahres schon vor Ende des Nießbrauchs ganz bezogen, so behält, ob auch das Ende des Nießbrauchs erst geraume Zeit später eintritt, der Nutznießer das bezahlte Pachtgeld oder kann das noch nicht bezahlte ganz einfordern; der Eigenthümer kann nichts davon ansprechen. Im Wesentlichen ist es auch bei der Miethe nicht anders. Auch hier geht der vom Nutznießer geschlossene Miethvertrag den Eigenthümer nichts an, der dagegen das Recht hat, sofort nach Beendigung des Nießbrauchs den Miether auszutreiben. Jedoch vertheilt sich bei der Miethe von selbst der Miethzins auf die ganze Dauer des Miethgebrauches, und wenn daher der Nutznießer den Miethzins für eine Zeit über die Dauer des Nießbrauchs hinaus bezogen hat, so kann der Eigenthümer pro rata die Herausgabe desselben als einen unberechtigt aus seiner Sache gezogenen Fruchtgewinn begehren, obwohl er selbst in kein Rechtsverhältniß zum Miether getreten ist, wie er vom Miether selbst den entsprechenden Theil des Miethzinses begehren kann, wenn er denselben über jene Zeit hinaus die Benutzung hat fortsetzen lassen.

Diese Grundsätze über den Fruchtbezug von verpachteten Grundstücken sind „ganz consequent aus den allgemeinen Principien unseres positiven Rechts" klar und überzeugend entwickelt von Wächter in dessen Erörterungen I. S. 73 fg. Vgl. meine Pand. §. 179 not. f. Sie werden auch durch die Quellen bestätigt. L. 9. §. 1. D. locati. 19. 2. sagt:

> Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem ejus non teneri ut frui praestet . . . . . Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem praestet, Marcellus quaerit . . . . Et magis admittendum est teneri eum, et est aequissimum.

Die Stelle setzt stillschweigend voraus, daß mit dem Ende des Nießbrauchs auch die Nutzungsbefugniß desjenigen, der vom Usufructuar gepachtet, ein Ende hat, indem ihn nunmehr der Eigenthümer vertreiben kann. Daneben sagt L. 58. pr. D. de usufr. 7. 1:

Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus qui in his agris nascuntur colono sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Calendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi: rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

Die Nutznießerin hat das Grundstück am 1. März verpachtet, so daß am 1. März des folgenden Jahres der Pachtzins zu zahlen ist. Sie stirbt am 1. December. Ihr Erbe kann nichtsdestoweniger am folgenden 1. März den vollen Pachtzins, nicht etwa nur zwei Drittheile desselben, einfordern, weil der Pächter den vollen Fruchtgenuß des Pachtjahres noch während der Dauer des Nießbrauchs bezogen hat. Die Stadtgemeinde aber, welcher das Eigenthum des Grundstücks vermacht war, hat gar keine Klage gegen den Pächter, natürlich nicht die Contractsklage, da sie ja in gar keinem Contractsverhältnisse zum Pächter steht, aber auch keine aus dem Grunde, weil der Pächter unberechtigt auf Kosten der Eigenthümerin einen Fruchtgewinn aus der Sache gemacht habe, da dieß in der That nicht der Fall ist.

Wächter a. a. O. beleuchtet die Frage auch vom legislativen Standpunkt mit Rücksicht auf einen bei den Württembergischen Ständen eingebrachten Gesetzentwurf, wornach zur Vereinfachung der Sache sowohl bei Pacht- als bei Miethgeldern des letzten Jahres der Grundsatz der Vertheilung nach Verhältniß der Zeitdauer eingeführt werden sollte. Daß die Sache dadurch einfacher würde, gibt er zu; aber mit der Consequenz des Rechts, mit den allgemeinen Grundsätzen sei es nicht in Einklang zu bringen. Besonders in Betreff der Pachtgelder rügt er, und mit vollem Recht, die handgreifliche Inconsequenz, die sich daraus ergibt, wenn doch zugleich der Satz beibehalten wird, daß der Nutznießer nur die während der Dauer seines Rechts percipirten natürlichen Früchte gewinne, die zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs noch stehenden Früchte dem neuen Fruchtberechtigten, also regelmäßig dem Eigenthümer, gehören. Es würde darnach in die Willkür des Nutznießers gestellt, dem Eigenthümer nach Umständen sehr zu schaden. Hat der Nutznießer die Sache nicht verpachtet und stirbt vor der Perception etwa am Ende des achten Monats des letzten Jahres, so fallen die natürlichen Früchte dem Eigenthümer zu. Hat aber der Nutznießer verpachtet und stirbt dann

in demselben Zeitpunkte, bevor der Pächter die Ernte vollzogen, so hat der Eigenthümer gar kein Recht auf diese und muß sich mit einem Drittheil des Pachtzinses begnügen: ein civilistisch wahrhaft unerträgliches Ergebniß! Wollte man eine solche Bestimmung einführen, so müßte man auch den Grundsatz ganz aufgeben, daß die Perception für den Erwerb der natürlichen Früchte entscheide und auch diese vielmehr nach der Zeit zwischen dem Nutznießer und dem Eigenthümer theilen.

Sehen wir nun, wie sich das österreichische bürgerliche Recht zu diesen Sätzen verhält?

Eine Differenz des österreichischen Rechts vom gemeinen Rechte wird gewöhnlich behauptet, die nämlich, daß nach jenem nicht die Perception, sondern die Separation das entscheidende Moment für den natürlichen Fruchterwerb des Nutznießers sei (Stubenrauch II. S. 203, 213), wie denn das bürgerliche Gesetzbuch überhaupt nicht den Unterschied zwischen perceptio und separatio festgehalten haben soll (Derselbe I. S. 612, 660). Diese Behauptung möchte zwar zu beanstanden sein (Unger System I. S. 465), aber bezüglich des Fruchterwerbs des Nutznießers kann man sich dafür allerdings mit gutem Schein auf §. 519 berufen, welcher sagt, daß nach beendigter Fruchtnießung „die noch stehenden Früchte" dem Eigenthümer gehören, und daher argumento a contrario zu dem Schluß berechtigt, daß alle abgesonderten Früchte dem Nutznießer gehören, wenn gleich eben dieser Paragraph zum Beleg der Bedenklichkeit des argumentum a contrario dienen könnte, insofern aus seinen Worten auch Jemand ableiten möchte, daß die noch nicht bezogene Wein- und Obsternte dem Eigenthümer nicht gehöre, weil Trauben und Aepfel nicht stehende, sondern hängende Früchte sind. Indessen können wir hier diesen Punkt als unerheblich auf sich beruhen lassen; in Beziehung auf die oben erörterte Frage macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob die Perception oder die Separation als entscheidend für den Fruchterwerb des Nutznießers gelte; die wesentliche Frage ist die, ob der Fruchtbezug des Pächters genau auf den Umfang der Befugnisse des Nutznießers selbst eingeschränkt sei und das obligatorische Verhältniß unter diesen beiden das Recht des Eigenthümers durchaus nicht afficire?

In einem Rechtsfall, den die Gerichtszeitung (Jahrg. XII. Nr. 48) mittheilt, hat die erste Instanz genau nach den oben entwickelten Grundsätzen entschieden. „Die Fruchtnießerin mehrerer Grundstücke verpachtete dieselben am 3. Jänner 1859 auf Ein Jahr, ließ sich vom Bestandnehmer das Pachtgeld vorausbezahlen, und starb am 29. März 1859.

Nun traten die Eigenthümer der Grundstücke sofort gegen den Curator der ruhenden Verlassenschaft der Fruchtnießerin und gegen den Pächter mit der Eigenthumsklage auf und forderten: von der Verlassenschaft die Herausgabe derselben und aller seit dem Todestage der Fruchtnießerin gewonnenen Erzeugnisse, vom Pächter den Abzug von den Grundstücken". Das Gericht erster Instanz erkannte dem Klagbegehren gemäß, „weil die Befugniß der Fruchtnießerin zur Verpachtung auf die Dauer ihres Lebens beschränkt war, folglich der von ihr mit dem Beklagten geschlossene Pachtvertrag nur bis zur Zeit des Todes derselben zu Recht bestand und über diese Zeit hinaus seine rechtliche Wirkung nicht erstrecken konnte, übrigens der Pächter gegen den Restitutionsanspruch der Kläger auch nicht durch den Umstand der von ihm der Verpächterin geleisteten Vorausbezahlung des ganzen Pachtschillings geschützt werde, da er selbst das zeitliche und unvererbliche Recht derselben an den Bestandsachen kannte und dennoch den Pachtvertrag mit ihr einging". Man sieht: diese Entscheidung entspricht ganz dem oben Ausgeführten; der Pachtvertrag mit der Fruchtnießerin konnte dem Pächter keine Befugniß der Fruchtnutzung über die Lebenszeit der ersten hinaus gewähren, das Recht des Eigenthümers, sofort nach Beendigung des Nießbrauchs die Restitution der nutznießlichen Grundstücke zu begehren, in keiner Weise alteriren. Man kann nur noch hinzusetzen, daß es darin consequenter Weise auch keine Aenderung machen würde, wenn der Pächter die zeitliche Beschränktheit des Rechts der Verpächterin nicht gekannt hätte. Dieß hätte für ihn wohl noch weitergehende persönliche Rechtsansprüche gegen die Erben der Nutznießerin begründen können; in Beziehung zum Eigenthümer wäre es ohne Einfluß gewesen; dieser hätte nichtsdestoweniger sofort nach dem Tode der Nutznießerin die Herausgabe der Grundstücke mit den „noch stehenden" Früchten begehren können. So würde auch Wächter erkannt haben.

Allein die Obergerichte sind in Beurtheilung jenes Rechtsfalles von anderer Ansicht ausgegangen. Das Oberlandesgericht wies die Kläger ab, mit Vorbehalt des Rechts, nach Ablauf der Pachtzeit die Klage auf Herausgabe der Grundstücke wieder anzustellen und die juristischen Früchte derselben zu fordern, und zwar das letzte „nach Maß und Dauer der Fruchtnießung im Jahre der Erlöschung". Dieses Urtheil ist dann auch durch den obersten Gerichtshof bestätigt und demgemäß jener Rechtsfall rechtskräftig entschieden worden. War diese Entscheidung die richtige? Nach gemeinem Recht werden wir nicht zweifeln zu sagen: Nein. Aber nach österreichischem Recht? Halten wir uns an den neuesten Commentar

des bürgerlichen Gesetzbuchs, so erscheint sie allerdings richtig. Stubenrauch II. S. 214 sagt: Was die Nutzungen im engern Sinne anbelange, d. i. jene Vortheile, welche man für den einem Andern gestatteten Gebrauch der Sache erhalte, wie Mieth- und Pachtzinse, so komme es darauf an, ob die Nutzung bereits vor beendigter Fruchtnießung fällig gewesen, d. i. der gesetzliche oder vertragsmäßig bestimmte Zeitpunkt ihrer Entrichtung bereits eingetreten sei oder die Verfallzeit erst später eintrete: im ersten Falle gebühre sie ganz dem Nutznießer (oder dessen Erben), wenngleich sie noch rückständig geblieben; im letzten Falle hätten diese „nur nach Maß der Dauer darauf Anspruch". In dieser Unterscheidung ist jedenfalls ein Fehler, mindestens eine Ungenauigkeit zu rügen, darin nämlich, daß alles Gewicht auf die Verfallzeit der Zinsen, d. i. den festgesetzten Zeitpunkt ihrer Entrichtung, gelegt wird; nicht darauf kann es ankommen, sondern vielmehr darauf, ob die einem Zins entsprechende Periode der Benützung der Sache vor beendigtem Nießbrauch ganz abgelaufen ist oder nicht; sonst könnte, wenn vertragsmäßig die Entrichtung des Miethzinses an den Anfang je einer solchen Periode verlegt ist, behauptet werden, daß derselbe ganz dem Nutznießer oder dessen Erben verbleibe, wenn gleich dessen Recht schon bald nach Beginn der Periode sein Ende erreicht hätte. Aber daß dieß nicht Stubenrauch's Meinung sei, geht aus dem von ihm angeführten Beispiel hervor. „Würde also, so sagt er, der halbjährig zu zahlende Pachtzins erst drei Monate nach beendigter Fruchtnießung verfallen, so kann der Fruchtnießer nur die Hälfte desselben mit 500 fl. für sich in Anspruch nehmen. Hätte er die ganze Pachtschillingsrate im vorhinein bezogen, so müßte er die zu viel empfangenen 500 fl. dem Eigenthümer zurückstellen". Ohne Zweifel aber will er das letzte auch von dem Fall gesagt haben, wenn die Vorausbezahlung des Pachtschillings vertragsmäßig festgesetzt, also der Verfalltag desselben schon vor dem Ende des Nießbrauchs eingetreten war. Stubenrauch's Ansicht geht also, wie ich sie verstehe, dahin, daß, wenn das Ende der Fruchtnießung im Verlauf einer Pachtzinsperiode eintritt, der entsprechende Pachtzins, einerlei ob voraus bezahlt oder später erst fällig werdend, nach Verhältniß der Zeit zwischen dem Fruchtnießer oder dessen Erben und dem Eigenthümer zu vertheilen sei. Eine nähere Begründung dieses Satzes hält er nicht für nöthig; er findet ihn in §. 519 des a. b. G. B. klar ausgesprochen, und führt nur noch gleichsam zur Bestätigung die oben erklärte L. 9. §. 1. D. locati an, als ob sie dasselbe ausspreche, obwohl, wie wir oben gesehen, im römischen Rechte eine Vertheilung des Pachtzinses nach Verhältniß

der Zeit ganz bestimmt nicht gebilligt ist. Mit Stubenrauch stimmen nun die Entscheidungsgründe der oben erwähnten Erkenntnisse überein und suchen dieselbe Thesis noch genauer zu begründen: „Die Vorschrift des §. 519 a. b. G. B., gemäß welcher in dem Falle der Erlöschung der Fruchtnießung die juristischen Früchte der Sache nach Maß der Dauer der Fruchtnießung (in dem Jahre der Erlöschung) getheilt werden müssen, setze voraus, nicht nur, daß der Fruchtnießer das Recht haben müsse, die Sache in Bestand zu geben, um eben juristische Früchte (Pacht- und Miethgeld) daraus zu gewinnen, sondern auch daß der von ihm geschlossene Bestandvertrag nicht ipso jure durch die Erlöschung der Fruchtnießung aufgelöst werde, vielmehr seine Dauer über diesen Zeitpunkt hinaus erstrecke, weil sonst von einer Theilung der (eben in Pacht- und Miethzinsen bestehenden) Civilfrüchte aus der Epoche des Jahres der Erlöschung der Fruchtnießung keine Rede sein könne". Rücksichtlich der Erstreckung der Pacht über das Ende der Fruchtnießung hinaus wird die Analogie der Bestimmung des §. 1120 vgl. mit §. 1116 über Endigung der Pacht im Falle der Veräußerung der verpachteten Sache herbeigezogen.

Müssen wir uns vor dieser Argumentation beugen, so müssen wir zugleich einräumen, daß der von Wächter erhobene Vorwurf der Inconsequenz unser bürgerliches Gesetzbuch treffe.

Der Fruchtnießer hat kein Recht auf den Bezug der natürlichen Früchte, die zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs noch nicht von der Sache getrennt sind: aber ein Recht, das er selbst nicht hat, kann er gleichwohl durch Verpachtung einem Andern einräumen. Der Erbe des Fruchtnießers muß, wenn dieser vor der Ernte stirbt, die ganze Ernte dem Eigenthümer überlassen; aber wenn der Fruchtnießer vor der Ernte das Grundstück verpachtet und dann auch noch vor der Ernte stirbt, so wird dadurch dessen Erben noch eine Rate des Pachtgeldes zugewendet, das doch nichts anderes als ein Surrogat für die natürliche Ernte ist, von welcher er gar keinen Theil mehr ansprechen konnte. In dem oben mitgetheilten Rechtsfall hatte die Fruchtnießerin drei Monate vor ihrem Tode im Winter die Grundstücke verpachtet; hätte sie es nicht gethan, so würde die ganze Ernte des nächsten Herbstes dem Eigenthümer zugefallen sein; jetzt bereichert sie ihre Erben noch mit einem Drittheil des Pachtzinses, und entzieht dem Eigenthümer die Möglichkeit, selbst noch auf höheren Ertrag für dieses Jahr Bedacht zu nehmen. Könnte nicht die Fruchtnießerin die Verpachtung in dem Vorgefühl, daß sie die Ernte wohl nicht mehr erleben werde, vorgenommen haben, und

in der Absicht, dann ihren Erben doch noch mittelbar einen Theil dieses Ernteertrags zuzuwenden?

Diese Inconsequenzen müssen uns auffordern, mit verdoppelter Schärfe zuzusehen, ob wir genöthigt sind, die Sätze, aus denen sie sich ergeben, dem Gesetzbuch aufzubürden, und wenn eine Auslegung desselben möglich ist, die sie ausschließt, so werden wir uns berechtigt halten dürfen, diese Auslegung als die richtige anzusehen. Es kommt aber alles allein auf die Auslegung des §. 519 des b. G. B. an. Derselbe sagt in seinem ersten Satze:

„Nach geendigter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer; doch muß er die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem redlichen Besitzer, ersetzen".

Die noch stehenden Früchte gehören dem Eigenthümer: so erklärt das Gesetz ohne Ausnahme. Also, dürfen wir schließen: die noch stehenden, d. i. die noch nicht abgesonderten Früchte gehören dem Eigenthümer auch dann, wenn der Nutznießer den Bezug der Früchte pachtweise einem Andern überlassen hat, so wie wenn derselbe durch Verkauf oder für irgend eine andere Gegenleistung oder schenkungsweise die Ausübung seines Rechts einem Andern eingeräumt hat. Soll in einem dieser Fälle jener Satz nicht gelten, so muß eine anderweitige Bestimmung des Gesetzbuchs uns nicht nur berechtigen, sondern zwingen, eine Ausnahme zu machen, wozu wir sonst um so weniger geneigt sein können, weil die Regel: „Ueberhaupt kann Niemand einem Andern mehr Recht abtreten, als er selbst hat" (§. 442) ihr entgegen ist. Es gibt aber keine andere Stelle, aus welcher man eine solche Ausnahme abzuleiten versucht hätte, als der folgende Satz des §. 519, welcher lautet:

„Auf andere Nutzungen haben der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung".

Unter den „andern Nutzungen" versteht man nämlich alle sogenannten juristischen oder Civil-Früchte, namentlich Mieth- und Pachtgelder, und zieht nun den Schluß, daß sowohl der Pacht- als der Mieth-Vertrag des Fruchtnießers seine Wirksamkeit noch über das Ziel des Nießbrauchs hinaus erstrecken müsse, weil ohnedieß von einer Theilung der Pacht- und Miethgelder zwischen dem Eigenthümer und dem Fruchtnießer oder dessen Erben keine Rede sein könnte. Aber wenn man auch Pacht- und Miethgelder auf eine Linie stellt und beide gleichmäßig auf die ganze Dauer der entsprechenden Pacht- und Miethperiode repartirt, ohne Rücksicht darauf, daß die ersten doch eigentlich nur der in eine bestimmte

Zeit fallenden Ernte entsprechen, so ist dennoch jener Schluß nicht berechtigt; denn der §. sagt nichts anderes, als daß der Fruchtnießer „nach Maß der Dauer der Fruchtnießung“ auf die „andern Nutzungen“ Anspruch habe, also den der Zeit vom Beginn der fraglichen Periode bis zur Endigung des Nießbrauchs entsprechenden Theil derselben fordern könne, auch wenn das Endziel der Mieth- oder Pachtperiode erst in eine spätere Zeit fallen würde. Er sagt aber nichts von einer nothwendigen Theilung der Nutzungen zwischen dem Fruchtnießer und Eigenthümer, nichts davon, daß und bis zu welchem Termin der letzte sich noch die Fortsetzung des Pacht- oder Miethverhältnisses gefallen lassen müsse, daß er nicht sofort sein Recht der freien Verfügung über die Sache geltend machen könne. Die Analogie der §§. 1120, 1116 anzuziehen, ist man nicht ohneweiters berechtigt; denn es ist etwas anderes, wenn Jemand, der ein zeitlich unbeschränktes Recht über die Sache hat, durch Veräußerung das Eigenthum der von ihm verpachteten Sache vor der Zeit einem Andern überträgt, und wenn der Fruchtnießer, dem nur ein auf Lebenszeit beschränktes Recht zusteht, die Verpachtung vorgenommen hat und nun durch Beendigung seines Rechts ipso jure das Recht des vollen Fruchtgenusses wieder dem Eigenthümer zufällt.

Jener Schluß ist ferner auch deßhalb unberechtigt, weil, auch wenn solche Verträge an sich nicht über die Dauer des Nießbrauchs hinaus den Eigenthümer binden, doch immer Fälle sich ergeben können, in welchen jene thatsächlich ihre Wirksamkeit weiter erstrecken und eine Theilung der Nutzungen am Platze ist. Selten wird unmittelbar nach Beendigung des Nießbrauches z. B. der Miether ausgetrieben werden, wenn auch der Eigenthümer das Recht dazu hätte; in der Regel wird das Miethverhältniß noch eine Zeit lang fortgesetzt werden, sei es aus Unkunde, oder mit Wissen und Willen des Eigenthümers, oder weil die Verlassenschaft noch streitig oder noch nicht — eingeantwortet ist, welches letzte ja, leider Gottes, nach der bei uns üblichen übermäßig bevormundenden Einmischung der Gerichte in diese Angelegenheit selbst bei den unzweifelhaftesten Erbansprüchen oft über Jahr und Tag sich verzögert. Dasselbe kann sich auch bei der Pacht ergeben. Es kann aber auch der Fall vorkommen, daß ein Pacht- oder Miethverhältniß besteht, welches nicht auf willkürlichem Vertrage des Nutznießers beruht und dessen Fortbestand auch der Willkür des Eigenthümers nach Beendigung des Nießbrauchs entrückt ist, z. B. wenn der Erblasser ein Gut auf neun Jahre verpachtet hat, dann unter Aufrechthaltung dieses Pachtverhältnisses Jemanden den Nießbrauch daran vermacht, der Nutznießer aber noch innerhalb jener

Pachtzeit mit Tode abgeht. Sodann sind auch Pacht- und Miethgelder nicht die einzigen „andern Nutzungen", welche in Betracht kommen können. Zeiller nennt z. B. auch noch die von Grundholden zu entrichtenden Zinse, die erst in neuerer Zeit durch Ablösung weggefallen sind, ferner die Zinsen von Capitalien, in Ansehung welcher nach §. 510 der Fruchtnießer nur das Recht hat, die Zinsen zu fordern, ohne die Capitalien kündigen zu können. In allen diesen Fällen wäre nach dem angenommenen Repartitionsgrundsatze eine Theilung der Nutzungen mit Rücksicht auf die Dauer der Fruchtnießung in Anwendung zu bringen. Etwas Aehnliches findet sich auch im römischen Recht. Wenn der Sclave, an dem der Nießbrauch vermacht war, seine Dienste selbst vermiethet hatte, so war das Miethgeld eine nicht durch willkürlichen Vertrag des Nutznießers erzielte bürgerliche Frucht, die sich ebenfalls von selbst auf die Dauer der Miethe repartirte, und wenn nun in Mitte derselben der Nießbrauch endigte, so wurde jenes pro rata temporis zwischen dem Fruchtnießer und dem Eigenthümer getheilt: L. 26. D. de usufr. 7. 1. Si operas suas locaverit servus fructuarius et imperfecto tempore locationis ususfructus interierit, quod superest ad proprietarium pertinebit.

Endlich aber zwingt uns auch nichts, unter den „andern Nutzungen" das Pachtgeld, sofern es bloß ein Entgelt für die Ueberlassung der natürlichen Früchte ist, mitzubegreifen. Es gibt ja immer noch andere Nutzungen, auf welche der Schlußsatz des §. 519 Anwendung findet. Da nun aber der erste Satz desselben §. unbedingt sagt, daß die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer gehören, und diesen noch stehenden Früchten im zweiten Satze überhaupt andere Nutzungen entgegengesetzt werden, so berechtigt uns nichts, darin eine Einschränkung des ersten Satzes zu erkennen und zu behaupten, daß die noch stehenden Früchte in dem Falle, wenn der Nutznießer die Sache verpachtet hat, nicht dem Eigenthümer gehören, daß dann unter völliger Abstraction von dem Dasein natürlicher Früchte nur das Pachtgeld, als andere nach Maß der Dauer dem Nutznießer zuzutheilende Nutzung, in Betracht komme. Um so weniger können wir uns dazu berechtigt halten, als man ohnehin schon, auch abgesehen von den Pachtgeldern, jenen Schlußsatz einzuschränken sich genöthigt und denselben nicht auf alle anderen Nutzungen anwendbar findet. Stubenrauch a. a. O. S. 215 erklärt gewiß mit Recht und in Uebereinstimmung mit anderen Commentatoren, daß diese Berechnungsweise nicht eintrete bei solchen Nutzungen, welche nur für einzelne Acte erhoben werden, wie es z. B. bezüglich der Gerichtstaxen von Seiten der ehemaligen Obrigkeiten der Fall war.

Fragen wir nun noch, ob vielleicht das, was den Redactoren des bürgerlichen Gesetzbuches seiner Zeit vorlag, für die Erklärung des §. 519 in einem oder anderem Sinne einen Anhaltpunkt darbiete, so werden wir auch auf diesem Wege eine Stütze für die gewöhnliche Erklärung nicht finden. Oesterreichisches Partikularrecht hat wohl, abgesehen davon, daß der Perception ihre Bedeutung genommen ist, keinen bestimmenden Einfluß auf die Fassung des §. 519 gehabt. Sonst würde wohl auf den Umstand, ob die Früchte verdient seien, Gewicht gelegt sein (Theser, die Fruchtnießung S. 88. Vgl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XI. S. 897 fg.). Was die gemeinrechtliche Jurisprudenz betrifft, so lehrt schon Glück in dem 9. Theile seiner Erläuterung der Pandekten, der drei Jahre vor Publikation des bürgerlichen Gesetzbuchs erschienen ist, S. 337 fg., daß bürgerliche Früchte aus solchen nutznießlichen Gütern, welche nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte geben, wie Pachtgelder aus Aeckern, Wiesen und Weinbergen, ganz auf dem Fuß der natürlichen Früchte zu behandeln seien, deren Surrogat sie sind. Demnach habe der Usufructuar auf die Pachtgelder ein Recht erworben und transmittire dieß auf seine Erben, in so weit, als der Pächter noch bei dessen Lebzeiten die natürlichen Früchte percipirt hat; wenn also zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs die Früchte vom Pächter zum Theil percipirt, zum Theil noch stehend sind, so gebühre den Erben des Nutznießers das Pachtgeld nur nach dem Verhältniß der vom Pächter bereits gezogenen Früchte; in Ansehung der noch stehenden Früchte aber komme es darauf an, ob der Proprietar den Pacht fortsetzen, oder wie ihm freisteht den Pächter vertreiben wolle; im ersten Falle werde ihm das Pachtgeld (pro rata parte) zu Theil, im letzten Falle könne er die Früchte selbst als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, weil das Recht des Pächters mit dem Tode des Nutznießers ebenfalls aufhöre. Was dagegen andere fortlaufende bürgerliche Früchte betrifft, als Miethzinsen, Zinsen, Gülten, Realrenten, mit Ausnahme solcher Einkünfte, die nur bei bestimmten Gelegenheiten sich ergeben, als Laudemial- und Lehns- und Confirmationsgebühren, so lehrt Glück, daß in Ansehung derselben eine Vertheilung nach Verhältniß der Zeit statt zu finden habe. Dürfte man nun annehmen, daß die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches diese Bestimmungen vor Augen gehabt haben, so würde der §. 519 damit ganz übereinstimmen, wenn man nur den ersten Satz consequent festhält und nicht durch die rücksichtslose Ausdehnung des zweiten auf Pachtgelder alteriren läßt.

Von den beiden großen Gesetzgebungen, welche dem bürgerlichen

Gesetzbuch vorangegangen, hat die preußische unsere Frage in ganz abweichender Weise entschieden. Das Allg. Landrecht I. 21, §. 150 fg. bestimmt: in Ansehung von Landgütern, daß sie bis zum Ende des Wirthschaftsjahres, in welchem der Nießbrauch endigte, für gemeinsame Rechnung des Nießbrauchers und Eigenthümers verwaltet werden; in Ansehung anderer Grundstücke aber, so wie bei Gerechtigkeiten und ausstehenden Capitalien, daß alle Nutzungen und Lasten bis zum Ablaufe des Vierteljahres (das Jahr vom 1. Juni an gerechnet), in welchem der Nießbrauch aufgehört hat, zum Vermögen und Nachlaß des Nießbrauchers gerechnet werden. Diese eigenthümlichen Bestimmungen haben bei den Verfassern unseres Gesetzbuchs, wie auf der Hand liegt, gar keinen Anklang gefunden. Die französische Gesetzgebung stimmt im Wesentlichen überein mit demjenigen, was in dem oben angeführten Rechtsfall die höhern Instanzen auch nach österreichischem Recht für Recht erkannt haben und was von Staubenrauch a. a. O. gelehrt wird. Der Code Napoleon erklärt zuerst im art. 585, daß die natürlichen Früchte (les fruits naturels et industriels), die zur Zeit der Erlöschung des Nießbrauchs noch mit der Hauptsache verbunden sind (pendans par branches ou par racines au moment où finit l'usufruit), dem Eigenthümer gehören, sogar ohne die Verpflichtung zum Ersatz der Bestellungskosten. Er erklärt dann weiter in art. 586, daß alle bürgerlichen Früchte sich auf die einzelnen Tage vertheilen (sont reputés s'acquerir jour par jour) und dem Usufructuar gebühren nach Verhältniß der Dauer seines Rechts (à proportion de la durée de son usufruit), und zwar setzt er ausdrücklich hinzu, daß dieß sowohl von Pachtzinsen (prix des baux à ferme) als von Miethzinsen und anderen bürgerlichen Früchten gelte; ja, er bestimmt zudem (art. 595), daß der Nutznießer in Ansehung der Verpachtung des nutznießlichen Gutes sich an die Vorschriften zu halten habe, welche in Betreff der Verpachtung von Gütern der Ehefrau durch den Ehemann aufgestellt sind (art. 1429), wornach Verpachtungen wie Miethverträge auf mehr als neun Jahre gegenüber der Frau und ihren Erben nach Auflösung der Gütergemeinschaft nicht länger als bis zum Ende der neunjährigen Periode, in welcher die Auflösung erfolgt, also doch jedenfalls bis dahin, zu Recht bestehen sollen. Den Ruhm der Consequenz verdienen diese Bestimmungen ebenfalls nicht; es ist auch darin als ein Fehlgriff zu rügen, daß sie einerseits dem Eigenthümer die zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs noch nicht getrennten Früchte zusprechen, dem Nutznießer jeden Anspruch darauf absprechen, andererseits aber dennoch diesem die Möglichkeit geben den Bezug derselben

durch Verpachtung einem Andern einzuräumen, auf diese Weise mittelbar auch für sich noch einen Gewinn aus der Ernte, die er selbst unmittelbar nicht mehr hätte beziehen können, zu machen, und das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers noch eine geraume Zeit über das Ende des Nießbrauchs hinaus zu beschränken; man möchte glauben, das Gesetz habe den Nutznießer absichtlich dazu drängen wollen, die fruchttragende Sache nicht selbst zu bewirthschaften, sondern zu verpachten. Indessen sind die Bestimmungen des Code Napoleon wenigstens klar und unzweifelhaft. Dagegen, wenn man annehmen wollte, daß die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches dem Code Napoleon in diesen Bestimmungen, abgesehen von derjenigen über die neunjährige Periode, nachfolgen wollten, so träfe sie der Vorwurf, nicht nur, daß sie sich materiell derselben Inconsequenz schuldig gemacht, sondern auch, daß sie, was sie wollten, gar nicht ausgesprochen und so den begründetsten Zweifeln gegen jene Intention Raum gelassen haben. Eben deßhalb aber und da wir uns im Zweifel bei Auslegung des Gesetzbuchs an die Logik und juristische Consequenz zu halten haben, sind wir berechtigt, jene Auslegung als unrichtig zu verwerfen und zu behaupten, daß vielmehr das in dem angeführten Rechtstreite erlassene erstrichterliche Urtheil das Richtige getroffen habe und mit Unrecht in den höheren Instanzen abgeändert worden sei.

Zum Schluß möge noch vergleichend berührt werden, wie unsere Frage in dem neuesten Codificationsversuche behandelt worden ist. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen hält in §. 78, auf welchen der §. 630 im Abschnitt von den persönlichen Dienstbarkeiten Bezug nimmt, die deutschrechtliche Unterscheidung zwischen fructus mere naturales und industriales fest, und gibt bezüglich der ersten („bei natürlichen Früchten, welche bloß durch die Natur hervorgebracht werden") demjenigen, der auf die Früchte bis zu einer gewissen Zeit berechtigt ist, also namentlich dem Nutznießer, Anspruch auf diejenigen, welche während dieser Zeit von der Hauptsache getrennt worden sind, bezüglich der zweiten Art von Früchten aber („bei natürlichen Früchten, welche durch Verwendungen auf deren Gewinnung hervorgebracht werden") auf diejenigen, bei welchen die Verwendungen in die Zeit der Berechtigung fallen (auf die verdienten Früchte), auch wenn die Trennung von der Hauptsache erst nach dieser Zeit fällt, wofern etwa die Verwendungen nur zum Theil in diese Zeit fallen, auf einen verhältnißmäßigen Theil der Früchte. Sodann setzt er wörtlich hinzu:

„Bürgerliche Früchte, die an die Stelle natürlicher Früchte treten,

welche einem Andern überlassen sind, wie Pacht- und Miethzinsen, ferner Zinsen von Capitalien, gehören dem Berechtigten nach Verhältniß der Dauer seines Rechtes".

Man möchte hier vor Allem fragen, an die Stelle welcher natürlichen Früchte Miethzinse und Zinsen von Capitalien treten, da doch nach §. 75 natürliche Früchte Erzeugnisse einer Sache sein sollen? Indessen lassen wir das, obwohl uns ein handgreiflicher Fehler darin zu liegen scheint, auf sich beruhen. Was aber die Pachtzinse betrifft, die wirklich ein Surrogot natürlicher Früchte sind, so macht sich der Entwurf ebenfalls der Inconsequenz schuldig, die der gefeierteste Rechtslehrer der sächsischen Hochschule, wie wir zu Anfang dieses Aufsatzes gesehen haben, treffend gerügt hat. Auf die noch nicht getrennten fructus naturales hat der Nutznießer selbst keinen Anspruch; hat er aber z. B. eine Wiese im September nach vollendeter Grummet-Ernte verpachtet und stirbt darauf im Mai vor Beginn der Heuernte, so können seine Erben noch zwei Drittheile des Pachtschillings begehren! Aerger noch ist die Inconsequenz, die sich in Ansehung der fructus industriales ergeben kann. Gesetzt: Die Verwendungen auf die Gewinnung der Früchte sind schon vollständig gemacht, bevor der Nutznießer stirbt. Hätte dieser selbst sie gemacht, so würde die ganze folgende Ernte seinen Erben zufallen; der Eigenthümer hätte keinen Anspruch darauf. Hat sie der Pächter gemacht, so sollte man meinen, das könne dem Eigenthümer gegenüber, der ja keinesfalls die Früchte verdient hat, nicht anders angesehen werden, als wenn sie der Nutznießer, der verpachtete, selbst gemacht hätte; der Pächter hat die Verwendungen nur in Folge des mit diesem geschlossenen Pachtcontracts, in welchem sie bei Bestimmung des Pachtzinses natürlich auch berücksichtigt werden, gleichsam als Stellvertreter des Nutznießers gemacht. Aber nein! nun muß sich dieser mit einem Theil des Pachtzinses begnügen; einen Theil des Surrogats der Früchte bekommt nun der Eigenthümer unverdienter Weise. Und wie? wenn der Nutznießer selbst schon die Verwendungen vollständig gemacht, dann erst das Grundstück verpachtet hat und nun noch vor der Ernte stirbt? Wenn er nach bestellter Sommerfrucht am Ende April verpachtet und bald darauf stirbt, sollen seine Erben von dem Pachtgeld, in welchem hier auch die Verwendungen stecken, nur eine Quote nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauchs erhalten, während sie, wenn ihr Erblasser nicht verpachtet hätte, die ganze Ernte erhalten haben würden?

Der Entwurf läßt uns auch im Dunkeln darüber, auf welche Zeit hin dann nach Endigung des Nießbrauchs die Pacht für den Eigenthümer

noch bindend fortbesteht. Nach §. 630 soll der Nießbraucher nach Beendigung des Nießbrauchs die Sache nebst Zubehörungen und Früchten, soweit ihm solche nicht nach §. 78 gehören, an den Eigenthümer herausgeben. Hat er verpachtet, so gehören ihm die natürlichen Früchte gar nicht, er hat nur Anspruch auf die entsprechende Quote der bürgerlichen Frucht, des Pachtgeldes. Nun kann aber dem Pächter doch kein Pachtgeld abgefordert werden, wenn er die Früchte nicht beziehen kann; auf wie lange denn kann er dieß? und welche Früchte? dazu kommt, daß nach §. 1237 der Pächter nach Beendigung des Vertrags das Grundstück mit den darauf stehenden noch nicht reifen Früchten herausgeben soll, ohne Unterscheidung, ob er die Verwendungen für deren Gewinnung gemacht hat, nur „vorbehaltlich seines etwaigen Anspruchs auf Entschädigung für dieselben". Wie soll sich nun das Verhältniß zum Eigenthümer gestalten, wenn der Nutznießer verpachtet hat und während der Pachtzeit der Nießbrauch sein Ende erreicht? Ich gestehe, daß ich mich aus diesem Labyrinth nicht herauszufinden weiß und wäre begierig zu erfahren, wie das einem Laien gelinge. Und wenn nun, was das Gesetzbuch doch nicht ausschließt, der Nutznießer nicht für einen jährlichen Pachtzins das Grundstück verpachtet, sondern dessen Benutzung für einen Aversionalpreis oder auch für irgend eine andere Gegenleistung auf eine bestimmte Reihe von Jahren einem Andern überlassen hat, innerhalb dieser Zeit aber der Nießbrauch sich endigt? hier wird man doch nicht umhin können den Vertrag und das daraus hervorgehende obligatorische Verhältniß als etwas, das bloß die Contrahenten angeht, den Eigenthümer aber nach Beendigung des Nießbrauchs weiter nicht berührt oder bindet, anzusehen und zu beurtheilen, also auf den einfachen echten Grundsatz des römischen Rechts zurückzugehen. Ueberhaupt, wenn man die Sache nach allen Seiten erwägt, thut es wohl, aus solcher Verwirrung auf den festen Granit römischer Consequenz sich zu retten und da auszuruhen. Uebrigens, um das noch beiläufig zu berühren, scheint es mir auch kein glücklicher Gedanke, die Unterscheidung zwischen bloß natürlichen und industriellen oder verdienten Früchten in der Art wie der sächsische Entwurf gethan festzuhalten, vollends in Sachsen, wo neben der gewerblichen Industrie auch die Landwirthschaft in großer Blüthe steht. Wo ist denn eine sichere Grenze zwischen beiden Arten der Früchte zu ziehen? Saatfrüchte, ja, sind unzweifelhaft industrielle; Gras, Obst, Weintrauben wachsen auch von selbst. Aber ist nicht auch bei diesen die Thätigkeit des Landwirths von der größten Wichtigkeit, um den Ertrag zu fördern und zu erhöhen? Ist das Hergeben und

Ausstreuen der Getreidesaat allein so überwiegend, in Vergleich mit dem Düngen, Bewässern, Reinigen der Wiesen, mit der oft sehr beschwerlichen und kostspieligen Pflege der Weinberge, daß man die Ackerfrüchte im Gegensatz des Ertrags der Wiesen und Weinberge als industrielle zu bezeichnen Grund hätte? Von welchen Bodenerzeugnissen mag man in einer wohlbestellten und gepflegten Landwirthschaft überhaupt wohl sagen, daß sie bloß durch die Natur hervorgebracht werden? Mir scheint es angemessener, auch in dieser Beziehung bei dem römischen Rechte stehen zu bleiben, jene Unterscheidung aufzugeben, und nur wegen der auf Erzeugung der Früchte wirklich gemachten Verwendungen nach Umständen Ersatzansprüche zuzulassen.*

---

18.

## Zu L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. und §. 3. J. de usufructu. 2. 4.**

Ueber die vielbesprochene L. 66. cit. enthält die Gießener Zeitschrift Bd. XIII, 7. S. 141—145 einige Bemerkungen von Löhr, deren Resultat dahin geht, daß diese Stelle die in §. 3. J. cit. beantwortete Frage gar nicht berühre. Im Widerspruch damit sucht in Bd. II, 2. (neuer Folge) S. 53 bis 68 Dernburg auszuführen, daß der Satz der Institutionen: „nam extraneo (sc. usumfructum) cedendo nihil agit" die Möglichkeit der Uebertragung des Usus fructus auf einen Andern, die er aus andern Gründen behauptet, keineswegs verneine, sondern nur ausspreche, daß diese nicht die Beendigung des Usus fructus bewirke. Gegen beide Ausführungen habe ich einige Einwendungen zu machen.

Löhr scheint mir vorerst der scharfsinnigen Untersuchung von Puggé[1] Unrecht zu thun, wenn er ihr vorwirft, sie wolle beide Stellen von der in iure cessio verstehen, was für das Justinianische Recht durchaus unmöglich sei; denn Puggé bemerkt am Ende seiner Abhandlung ausdrücklich, daß im neuesten Recht an die Stelle der in iure cessio eine simple Concessio getreten sei; er geht nur von der Annahme aus, daß sowohl in der Stelle des Pomponius als in der Quelle, welche die Verfasser der Institutionen bei §. 3. cit. vor Augen hatten, von der in iure cessio die Rede gewesen sei. Das letzte ist auch unzweifelhaft,

* Oesterr. Gerichtszeitung Jahrg. 1861. Nr. 76. 77.

** Lehrb. §. 179. Anm. 4.

[1] Rhein. Mus. I. S. 143—157.

wenn wir Gai. II. 30. mit §. 3. vergleichen[2]. In L. 66.[3] aber will Löhr dieß nicht zugeben, vielmehr das cedere schon nach dem ursprünglichen Sinn der Stelle als bloßes concedere verstehen. Er erklärt die Stelle folgender Maßen: Der Mann ist verpflichtet, den usus fructus in dotem datus unentgeltlich an die Frau zurückzugeben. Dieß sei schwierig. Wirkliche Restitution des Usus fructus als einer persönlichen Servitut sei nicht möglich; unentgeltliche Gestattung des Gebrauches nicht passend, „da hier von keinem Geschenke die Rede ist und die Form eines andern Geschäfts mangelt", nicht genügend, weil diese Art der Restitution nach damaligem Recht höchstens auf zwei Jahre der Frau den Usus fructus sichern konnte, „da sie doch auf keinen Fall als Stellvertreterin des Usufructuars betrachtet werden könnte", deren Ausübung des Rechts die Verjährung durch Nichtgebrauch abwende, in einem solchen Falle also gewiß war, „daß sehr bald ad dominum proprietatis sit reversurus usus fructus". Vermiethen oder Verkaufen des Gebrauchrechts aber „war auch nicht wohl möglich, da der Mann zur unentgeltlichen Restitution verpflichtet ist. Daher habe man, um diesen kaum auflösbaren Schwierigkeiten zu entgehen, zu dem Vermiethen oder Verkaufen nummo uno seine Zuflucht genommen".

Mir scheint diese Erklärung nicht befriedigend. Freilich ist es die difficultas circa reddendum ius mulieri post divortium, mit deren Lösung sich Pomponius beschäftigt. Er bezeichnet diese Schwierigkeit mit den Worten: quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Da nach damaligem Rechte in Beziehung auf Servituten sehr häufig von in iure cedere die Rede sein mußte, und gewiß selbst das einfache cedere im Zusammenhange der Rede oft in dieser Bedeutung gebraucht wurde[4],

[2] Gai. l. c. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi. §. 3. J. cit. Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur: nam cedendo extraneo nihil agit.

[3] Si usus fructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.

[4] Gai. l. c. Daher braucht man auch nicht nothwendig überall, wo cedere in Beziehung auf Servituten vorkommt, Auslassung der Worte »in iure« vorauszusetzen; es wurde nur cedere in anderer Bedeutung genommen, z. B. L. 39. D. de serv. praed. urb. 8. 2. L. 11. 14. D. de serv. praed. rust. 8. 3. L. 4. D. de aqua quot. 43. 20. In L. 14. cit. hieß es gewiß ursprünglich nicht: alii iter per eundem locum vendere vel alias cedere non potero, sondern, da von einer servitus praedii

so ist es an sich kaum glaublich, daß Pomponius dieses Wort in solchem Zusammenhange ohne nähere Erklärung in wesentlich verschiedener Bedeutung gebraucht habe, um so weniger, als sich, wenn dasselbe in der allgemeinern Bedeutung genommen werden sollte, vielmehr die Construction mit dem Ablativ als die gewöhnlichere und geeignetere empfahl[5]. In unserer Stelle ist es aber vollends nicht möglich, im Sinn des Pomponius dem Worte cedere diese Bedeutung beizulegen. Denn bei dem ersten Satze: „cedi non posse nisi domino proprietatis“ kann Pomponius nur an die in iure cessio gedacht haben; der Satz würde sonst offenbar falsch sein, da die Ueberlassung der Ausübung des Nießbrauches (cedere usufructu in diesem Sinn) an Jedermann möglich ist. Dann aber ist es unmöglich, bei den folgenden Worten „et si extraneo cedatur“ an etwas anderes zu denken, da sie ja nur andeuten sollen, welche Wirkung die nur zu Gunsten des Eigenthümers rechtlich mögliche Cessio habe, wenn sie dennoch an einen Andern geschehe. Aber auch aus anderem Grunde ist Löhr's Erklärung des letzten Theils der angeführten Bemerkung des Pomponius unzulässig. Dieser spricht hier nämlich gar nicht von der Frau insbesondere, sondern ganz allgemein von jedem Extraneus. Nun ist es aber gewiß, daß die Ausübung des Ususfructus jedem Extraneus schenkungsweise überlassen werden kann, und daß, so lange der letzte demzufolge wirklich das Recht ausübt, die Verjährung des Rechts durch Nichtgebrauch nicht eintrete; also konnte Pomponius in diesem Zusammenhange mit dem Zusatze „sed ad dominum“ etc. nicht sagen wollen: in solchem Falle sei es gewiß, daß sehr bald schon, nämlich nach einem oder zwei Jahren, der Usufructus an den Eigenthümer zurückfallen werde — durch Nichtgebrauch. Doch auch in Beziehung auf die Frau gedacht, würde dieß nicht richtig sein. Die Ueberlassung der Ausübung des Usufructus an einen Andern wird ganz allgemein für zuläßig erklärt; die in der betreffenden Stelle angeführten Rechtsgeschäfte, vermittelst welcher sie geschehen könne, sind nur als nicht erschöpfende Beispiele verschiedenartiger Rechtsgründe derselben zu

rustici die Rede ist, alii iter per eundem locum mancipare (oder mancipio dare) vel in iure cedere non potero.

[5] Z. B. L. 57. D. soluto matr. »ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur«; während in derselben Stelle mehrmals usumfructum oder fructum cedere (sc. in iure cedere) als Form der constitutio ususfructus vorkommt. Vgl. L. 3. §. 5. D. de in rem verso. 15. 3. »cedat creditori actionibus.« L. 70. pr. D. de legat. II. »cedere actionibus.« L. 16. D. de damno inf. 39. 2. L. 33. §. 3. D. de usurp. et usucap. 41. 3. Paul. sentt. V., 6. §. 4. »possessione cedere.« Eben so in unzähligen Stellen: bonis, mercibus, lite, loco cedere und dergleichen mehr Vgl. Brisson. und Dirksen s. v. cedere. Doch allerdings auch »praestare actiones et cedere« L. 1. §. 1. D. de superfic. 43. 18. »cedere auxilium in int. restitutionis.« L. 24. pr. D. de minor. 4. 4.

betrachten[6]. So z. B. wird Niemand bezweifeln, daß auch durch einen Innominatcontract gegen irgend eine beliebige Gegenleistung, tauschweise, die Ausübung des Usufructus einem Andern überlassen werden könne. Auch ist es möglich, daß dieß zuerst durch ein rechtsgiltiges Schenkungsversprechen Jemanden zugesagt werde. Alsdann ist die wirkliche Ueberlassung der Ausübung nicht mehr eine Schenkung, sondern Erfüllung der Obligatio aus dem Schenkungsversprechen; sie geschieht hier solvendi causa. Daher könnte sie denn auch unmittelbar zum Zweck der Erfüllung der Restitutionsverbindlichkeit in Betreff der Dos geschehen, dotis restituendae causa, was nur eine Art der solvendi causa wäre. Daß man es dennoch vorzog, diese Restitution mittelst eines andern Rechtsgeschäfts, z. B. eines scheinbaren Kauf- oder Miethvertrages herbeizuführen, mag einen doppelten Grund gehabt haben. Theils beseitigte man auf diese Weise recht sichtbar den Schein einer bloß schenkungsweisen Ueberlassung, die hier nicht statt fand, theils aber gewann dadurch die Frau eine neue und zwar unbedingt vererbliche Klage aus dem Contract zur Behauptung ihres Genußrechts gegen den eigentlichen Usufructuar, während ihr sonst nur die nach altem Rechte nicht vererbliche actio de dote zustand. Diese war die Klage, womit sie zuerst die Restitution der Dos, und zwar genügende und vollständig sichernde, verlangen konnte; es mußte ungenügend scheinen, sie auf diese Klage auch für die Zukunft zu beschränken, für den Fall, daß etwa der Mann, indem er ihr zur Zeit die Ausübung seines Usufructus ohneweiters überließ, späterhin wegen der Fortsetzung derselben irgend wieder Schwierigkeiten machte, oder sie z. B. durch in iure cessio an den Eigenthümer vereitelte. Wir finden daher anderwärts auch Stipulationen (cautiones interpositae) als ein Mittel angegeben, um denselben Zweck zu erreichen[7], und wahrscheinlich wurde, wo ohnehin die Restitution des usufructus in dotem datus durch Stipulation vorbehalten war, schon diese als genügend betrachtet, um den Rückempfänger zu sichern. Auf welche Weise aber auch die Frau die Ausübung des Usufructus durch Ueberlassung des Mannes erhalten haben möge, sie brauchte den Untergang derselben durch Nichtgebrauch nicht zu befürchten. In jedem Falle übte sie das Recht des eigentlichen Usufructuars anstatt desselben aus. Auch der

[6] L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retineri usumfructum. cf. L. 38—40. D. eodem.

[7] L. 57. D. cit. — — potest autem (sc. mulieri restitui) vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur, vel si se accomodavit dominus proprietatis volente eo mulieri constituatur ususfructus.

Beschenkte ist in keinem andern Sinne Stellvertreter des Usufructuars, als daß er das Recht des letzten vermöge Gestattung desselben für sich ausübt, und ich kann nicht einsehen, warum die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geschehene Ueberlassung weniger geeignet sein sollte, die Verjährung durch Nichtgebrauch zu hindern, als die donandi causa geschehene. Man könnte mit demselben Recht in Zweifel ziehen, ob derjenige, welchem dotis restituendae causa eine Forderungsklage cedirt worden, eben so gut als procurator in rem suam des Restituirenden zu betrachten sei, als derjenige, dem sie donandi animo cedirt worden.

Diesemnach scheint mir unzweifelhaft, daß Pomponius in L. 66. cit. die in iure cessio an den Extraneus im Auge hatte. Es ist mir auch nicht unwahrscheinlich, daß er, einer strengern Ansicht huldigend als Gaius, jener die Wirkung beilegte, den Usufructus aufzuheben, da Puggé sehr gut nachgewiesen hat, wie eine solche Ansicht entstehen konnte. Jedoch ist auch noch eine andre, von dem ältern Hasse herrührende Erklärung sehr wohl zulässig, welche bei Puggé nur kurz angedeutet wird[8]. Man kann nämlich bei den Worten: sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum, ergänzend hinzudenken: sc. si domino cedatur, und für das Justinianische Recht würde ich diese Erklärung, um den Widerspruch mit §. 3. J. cit. zu beseitigen, unbedenklich adoptiren. Zwar ist sie, wie Puggé sagt, nicht frei von Zwang, indem darnach der Zusatz nur eine entbehrliche Wiederholung enthielte. Aber es läßt sich doch zur Rechtfertigung dieser Wiederholung anführen, daß dadurch zugleich der Grund angedeutet würde, warum die in iure cessio wohl an den Eigenthümer, nicht aber an einen Dritten statthaft sei. Pomponius würde nämlich darnach sagen: der Usufructus als persönliche Servitut ist nicht übertragbar, daher si extraneo cedatur, nihil ad eum *transire* potest; aber an den Eigenthümer kann der Usufructus zurückkommen, daher si domino cedatur, r e v e r t i t u r ad eum usufructus; hier findet keine Uebertragung, nur eine Wiedervereinigung mit dem Eigenthum statt.

Auch Dernburg nimmt auf L. 66. cit. Rücksicht und stimmt in deren Erklärung, den letzten Punkt abgerechnet, mit Obigem überein. Was er aber bei dieser Gelegenheit über die Bedeutung der in iure cessio in der fraglichen Anwendung sagt, scheint mir, eben so wie das von Puggé darüber Bemerkte, einiger Berichtigung oder genauern Bestimmung zu bedürfen. Er unterscheidet nämlich in der in iure cessio,

[8] a. a. O. S. 149. Durch einen Druckfehler steht hier: si a domino — — cedatur, anstatt: si domino proprietatis cedatur.

als einem fingirten Rechtstreit, ganz richtig die positive und negative Wirkung. Die erste konnte bei der in iure cessio des Ususfructus als eines unübertragbaren Rechtes nicht eintreten; die letzte allerdings. Allein war die in iure cessio analog der res iudicata, so konnte sie auch nur inter partes wirken. Der Eigenthümer konnte sich auf den in der Cession an einen Dritten liegenden Verzicht gegen diesen Usufructuar nicht berufen. Diesem gegenüber konnte also das Recht des cedirenden Usufructuars nur hinterher durch Nichtgebrauch erlöschen, wenn der letzte dasselbe nicht ferner ausübte, während der Dritte doch auch nicht den bisherigen Ususfructus des Cedenten, sondern eine ihm selbst unabhängig davon zustehende, bei der in iure cessio von ihm vindicirte, Servitut ausübte. Vielleicht bediente sich deßhalb Pomponius des Futurum: reversurum, um anzudeuten, daß der Verlust des Ususfructus nicht unmittelbar als Folge jener Handlung eintrete, wonach denn auch er, Sabinianer wie Gaius, in der That nicht einmal von der Ansicht des letzten abgewichen wäre, und darauf deutet auch Dernburg hin[9]. Man muß sich aber die Procedur der in iure cessio in dieser Anwendung klarer veranschaulichen, als es hier geschieht. Wenn der Usufructuar den Ususfructus oder der Berechtigte jede andere Servitut dem Eigenthümer in iure cedirte, so geschah dieß zweifelsohne in der Weise, daß der letzte scheinbar die negatoria actio gegen den ersten anstellte, also behauptete, ius ei non esse utendi fruendi sua re, und dieser dagegen nicht contra vindicirte. Davon war denn die Folge, daß dem Eigenthümer das freie Eigenthum zugesprochen wurde und die Servitut erlosch. Wollte aber der Usufructuar einem Dritten sein Recht in iure cediren, so konnte dieses nicht anders geschehen, als indem der letzte scheinbar die confessoria in rem actio gegen den ersten anstellte, also behauptete, ius sibi esse utendi fruendi ea re, wobei der Usufructuar keineswegs, wie Dernburg meint, zu simuliren brauchte, als sei er voller Eigenthümer, da die confessoria in rem actio gegen jeden angestellt werden kann und insbesondere gegen denjenigen, der sich selbst dieselbe Servitut an der Sache beilegt, ganz am Platze ist. Die Folge davon konnte aber nimmermehr die sein, daß der Dritte nun das Recht erwarb, da er sich durch Berufung auf seinen Sieg in jenem scheinbaren Rechtstreite natürlich nicht gegen die Vindication des Eigenthümers schützen konnte; eben so wenig aber die, daß der wahre Usufructuar nun sein

[9] a. a. O. S. 62—64. Dieser Erklärung könnte man wenigstens nicht den Vorwurf machen, daß sie „Dinge, die außer aller Verbindung mit einander stehen“ zusammenbringe, Puggé a. a. O., indem sie andeutet, daß gerade die in Folge solcher in iure cessio stattfindende Ausübung des Ususfructus durch einen Andern die Verjährung des wahren Ususfructus nicht abwenden könne.

Recht auch gegen den Eigenthümer nicht mehr geltend machen konnte, da dieser sich nicht darauf beziehen konnte, daß jener in dem (scheinbaren) Rechtstreite gegen den Dritten unterlegen sei. So stellte sich also die Ansicht, daß jene in iure cessio auf das bestehende Rechtsverhältniß unmittelbar gar keinen Einfluß habe, durchaus als consequent dar.

Eine ganz abweichende Meinung stellt aber Dernburg auf über das Verhältniß der L. 66. zu §. 3. J. cit. und über die Bedeutung dieser letzten Stelle. In dieser findet er nichts anderes ausgesprochen, als daß „der Uebertrag des Nutznießungrechts auf einen Fremden auf die Beendigung desselben keinen Einfluß habe“. Die Zulässigkeit dieser Uebertragung soll dadurch keineswegs verneint sein; diese aber findet er in andern Stellen deutlich anerkannt. Wenn schon die Vergleichung des §. 3. mit der entsprechenden Stelle des Gaius gegen diese Erklärung das größte Bedenken erregt, so muß der versuchte Beweis des zweiten Theils seiner Behauptung vollends für mißlungen erklärt werden. Er gründet sich auf die Stellen, welche aussagen, daß der Usufructuar die Nutzung der Sache einem Andern überlassen, vermiethen, verkaufen, verpfänden könne[10]. Aber die ausführlichste dieser Stellen sagt nur: usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest. Das heißt nicht: er kann einem Andern das ius in re übertragen, kann ihn statt seiner zum Usufructuar machen. Und wenn anderwärts schlechtweg gesagt wird: usumfructum locari venundari posse, heißt denn dieses so viel als: es könne durch Verkauf das dingliche Recht des Nießbrauchs auf den Andern übertragen werden? Eben so wenig, als vendere rem heißt, durch Verkauf das Eigenthum übertragen. Es heißt nichts anderes als: man kann sich durch Verkauf verpflichten, den Usufructus, so weit es rechtlich möglich ist, d. h. der Ausübung nach, dem Andern zu überlassen. Und so heißt auch: usumfructum pignori hypothecaeve dare nichts anderes, als das Recht einräumen, dereinst zum Zweck der Befriedigung einer Forderung den Usufructus zu verkaufen, in der Art und mit der Wirkung, wie der Usufructuar selbst es thun könnte. Sehr ungenau drückt sich dabei Dernburg aus, wenn er sagt, es sei klar, „daß eine solche emptio venditio usufructus, so wie die pignoris datio nur durch Tradition geschehen konnte“[11]; denn die venditio geschieht nicht durch Tradition,

[10] L. 12. §. 2. L. 67. D. de usufr. 7, 1. L. 11. §. 2. D. de pignor. 20, 1. Vat. fragm. §. 4. Der Verf. beruft sich auch noch auf L. 3. §. 5. D. de reb. eor. 27, 9; aber unter alienatio ususfructus ist hier offenbar das Aufgeben des Rechts selbst verstanden; vgl. v. »servitutem remitti«.

[11] Ztschr. a. a. O. S. 57. Note 8.

sondern verpflichtet nur zu derselben, und die pignoris datio erfordert nur, wenn man pignus im engern Sinne nimmt, Tradition, während der Ususfructus auch ohne diese hypothecae dari potest. Es verhält sich mit dem Ususfructus ganz ähnlich wie mit einer Forderung; auch diese kann verkauft und verpfändet werden; deßhalb bleibt der Cedent nichts desto weniger der eigentliche Gläubiger; dem Cessionar ist nur die Ausübung des Forderungsrechts überlassen. Daß dem Käufer des Ususfructus auch, gleich dem Cessionar, die Klage des Cedenten, hier die confessoria in rem actio, zustehe, wird in den Quellen zwar nicht ausgesprochen. Aber da es gewiß ist, daß sowohl eine dingliche wie eine persönliche Klage cedirt werden kann[12], so ist nicht zu bezweifeln, daß auch die confessoria in rem actio, wie ich schon anderwärts angedeutet habe[13], von demjenigen, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen worden ist, als procurator in rem suam des eigentlichen Usufructuars angestellt werden könne, wenn ihm dieselbe cedirt worden ist, und man mag mit Recht auch hier, wenn gleich ein eigentliches mandatum ad agendum nicht vorliegt, die Absicht aber bei dem betreffenden Rechtsgeschäft auf eine solche vollständige Ueberlassung gerichtet war, eine utilis confessoria, quasi cessa, actio gestatten[14]. Bei dem Verkaufe des Nießbrauches wird man daher regelmäßig jene Wirkung annehmen können, indem der Käufer jedenfalls zu fordern berechtigt ist, daß ihm der Verkäufer die Geltendmachung des Rechts gegen Dritte ermögliche, während beim Vermiethen nicht davon die Rede sein wird. Aber immer ist es nur die Ausübung des dinglichen Rechts des eigentlichen Usufructuars, welche der Käufer für sich behauptet, und die Klage, die er anstellt, ist nur die confessoria actio, die eigentlich jenem zustände, und die dieser nur in dessen Namen, obwohl zu eigenem Vortheil, anstellt. Eine eigentliche Uebertragung des Rechts selbst aber, durch welche der

[12] L. 21. D. de rei vind. 6, 1.

[13] In der Gießener Zeitschrift, neue Folge III., S. 264.

[14] L. 11. §. 2. cit. spricht zunächst nur vom Schutz im Besitze durch exceptio gegen die negatoria actio des Usufructuars, der seinen Ususfructus verkauft oder verpfändet hat: Et scribit Papinianus — — — tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur: *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit*; nam et quum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori (sc. ad quem ususfructus pertinet) obiicietur exceptio. Hieraus geht einerseits hervor, daß der Käufer wie der Pfandgläubiger nicht das ius ipsum utendi fruendi erhält, weil er sonst einer exceptio weder gegen die negatoria actio des Eigenthümers, noch gegen die confessoria actio des Usufructuars bedürfte; andererseits darf man darnach annehmen, daß der Prätor seine tuitio desselben auch auf den Fall ausdehnte, wenn dieser nicht mehr im Besitze war, also durch exceptio sich nicht schützen konnte, sondern einer actio bedurfte, und dazu diente eben eine utilis confessoria actio, in ähnlicher Weise, wie er auch eine Publiciana Serviana actio gewährte. L. 18. D. l. c.

Andere der wahre Usufructuar würde, ist nicht möglich[15]; wäre also diese beabsichtigt, so würde das ein wirkungsloses Geschäft sein, und das ist es, was die Institutionen a. a. O. aussprechen.

In den praktischen Resultaten ist übrigens diese Verschiedenheit unsrer Ansichten weniger erheblich, als es scheinen möchte. Einerseits denkt Dernburg nicht daran, die Uebertragung des Usus fructus in der Art für möglich zu halten, daß nun auch die Dauer des Ususfructus mit Rücksicht auf die Person des neuen Erwerbers sich bestimme. Andrerseits sind wir weit entfernt, einem solchen Buchstabendienst zu fröhnen, daß wir das Rechtsgeschäft für ungiltig erklären möchten, wenn es von Verkaufen oder Verschenken „des Nießbrauchs" spricht, für giltig nur, wenn vorsichtig und ausdrücklich nur von „der Ausübung des Nießbrauchs" die Rede sei. Vielmehr würden wir unbedenklich auf die wahre Absicht der handelnden Personen sehen, und selbst im Lateinischen würde ich trotz dem §. 3 cit. keinen Anstand nehmen, das Wort cedere usumfructum nach der Absicht der Parteien im Zweifel als gleichbedeutend mit concedere rem fruendam zu verstehen. Was aber die Klage des Käufers betrifft, so kann dieser niemals in dem Sinne proprio nomine die confessoria actio anstellen, daß er dieselbe auf sein eigenes Recht gründe, sondern nur in dem Sinn, wie man allenfalls von jedem procurator in rem suam sagen kann, daß er proprio nomine klage. Daher kann ihm auch niemals gegen den Usufructuar selbst diese dingliche Klage zustehen, weil es widersinnig wäre, die cedirte Klage gegen den eigentlichen Klagberechtigten selbst anzustellen. Hätte aber der Usufructuar später wiederum einem Andern denselben Nießbrauch eingeräumt, so könnte zwar gegen diesen die Klage procuratorio nomine an sich noch stattfinden, aber der jetzige Inhaber würde ihr die ihm gegen den Cedenten zustehende Exceptio entgegensetzen können, und nur, wenn er mala fide, d. h. kundig des bessern Rechts seines jetzigen Gegners, die Ausübung des Nießbrauchs sich hätte einräumen lassen, möchte diese Exceptio durch doli replicatio zu beseitigen sein.

[15] Dieß geht am klarsten aus den Schlußworten der L. 66. cit. hervor: Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri vel vendat nummo uno, *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.* Dernburg (S. 65.) bemerkt, es solle hierdurch nur „darauf hingewiesen werden, wie es im Gegensatz nicht mehr so anzusehen sei, als wäre der Mann nie Usufructuar gewesen, indem man sogar annehmen könnte, daß das Recht immerwährend bei dem Manne noch fortbleibe, die Ehefrau aber bloß die fructuum perceptio hätte". Aber bei der locatio ususfructus kann es ja gar nicht bezweifelt werden, daß das Recht bei dem eigentlichen Usufructuar bleibt, und die venditio wird in dieser Beziehung mit ihr ganz auf gleiche Linie gestellt. Auch konnte man bei der in iure cessio nicht eigentlich sagen, daß es so anzusehen sei, als wäre der Mann nie Usufructuar gewesen, sondern nur so, als verzichte er darauf, jetzt noch gegen den andern Theil, als Vindicanten, sein Recht zu behaupten.

Dieß ist es, was meines Erachtens nach römischem Rechte sich als praktisches Resultat herausstellt; ich bekenne aber gern, daß ich in einem heutigen Gesetzbuche den einfachen Satz angemessen finden würde: der Nutznießer kann sein Recht, in demselben Umfange und unter denselben Beschränkungen, wie es ihm zusteht, unbeschadet seiner Verbindlichkeit gegen den Eigenthümer, einem Andern übertragen. *

---

19.

## Ueber die Fruchtnießung an Kleidern.**

In Justinian's Institutionen (II. 4. §. 2.) sind unter andern Sachen, welche als verbrauchbare „neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum", in Ansehung deren daher nur ein sogenannter Quasiususfructus stattfinde, auch Kleider (vestimenta) aufgeführt. Dagegen erkennt Ulpian in mehreren Stellen (L. 15. §§. 4. 5. D. 7. 1. L. 9. §. 3. D. 7. 9.) einen wahren Ususfructus an Kleidern an. Der praktische Unterschied zwischen beiden Ansichten ist erheblich. Nach der ersten wird der Quasiusufructuar schlechthin Eigenthümer der Kleider, hat aber jedenfalls in Zukunft den Schätzungswerth derselben zu erstatten. Nach der andern erlangt der Usufructuar eben nur das Recht des Ususfructus an den Kleidern, muß also diese selbst zurückgeben, ist aber auch nur dafür verantwortlich, sie in dem Zustande zurückzugeben, in welchem sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch, ohne daß ihm dabei ein Verschulden zur Last fällt, versetzt worden sind. So sagt Ulpian in L. 9. §. 3. cit. „non obligari promissorem (nämlich in Folge der geleisteten cautio usufructuaria), si eam (sc. vestem) sine dolo malo attritam reddiderit"; denn nach L. 15. §. 4. cit. „dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur"; aber vermiethen darf er die Kleider nicht, „quia vir bonus ita non uteretur", es sei denn (nach §. 5. ibid.), daß die besondere Beschaffenheit und Bestimmung der Kleider, z. B. scenica oder funebris vestis, dieses rechtfertige.

In der gemeinrechtlichen Jurisprudenz haben nun jene Stellen eine große Meinungsverschiedenheit über den Nießbrauch an Kleidern veranlaßt, worüber zu vergleichen Glück Erläutr. der Pandekten IX. S. 392. fg.,

* Gießener Zeitschr. n. F. VIII. S. 79—101. (1851.)

** Lehrb. §. 181. Anm. 3.

Held, die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzburg 1848. S. 37. fg.

Erwägt man zuerst die Natur der Sache, so ist unbestreitbar, daß die Institutionen zu viel sagen, wenn sie einen wahren Nießbrauch an Kleidern naturali ratione für unmöglich erklären. Denn der Umstand, daß diese einer Abnutzung unterliegen, wenn sie gebraucht werden, genügt allein nicht, diese Behauptung zu begründen. Das ist mehr oder weniger bei den meisten, insbesondere bei den meisten beweglichen Sachen der Fall, bei denen gleichwohl ein wahrer Nießbrauch unbedenklich für zuläßig erachtet worden ist. Aber andererseits ist auch nicht zu läugnen, daß bei Kleidern, namentlich bei Kleidern zum gewöhnlichen Gebrauche, eine Abnutzung leicht in ziemlich kurzer Zeit und in bedenklichem Maße sich einstellt, daß sie daher nicht als ein sehr geeigneter Gegenstand des wahren Nießbrauchs, der doch meistens auf Lebensdauer des Berechtigten sich erstreckt, angesehen werden können, zumal da sehr Viele Anstand nehmen werden, überhaupt schon von Fremden getragene, wenn gleich noch brauchbare, Kleider in ihre Garderobe aufzunehmen. Wenn selbst einem Kapuziner nicht zugemuthet wird, mit einer Kutte von derbem Stoffe länger als neun Jahre auszukommen, so wird wohl auch die senatorische Toga, welche ein Römer so lange als Usufructuarius benutzt hatte, kaum noch einem andern Mitgliede des clarissimus ordo als ein wünschenswerther Zuwachs zu seiner Ausstattung erschienen sein. Wenn nun ein Rechtsinstitut sich ausbildete, welches in Ansehung der zum Nießbrauch gar nicht geeigneten Sache doch die ökonomischen Vortheile desselben gewährte, ohne die Form eines dinglichen Rechts an der in substantia zu erhaltenden Sache, so lag es sehr nahe, dieß auch auf Kleider anzuwenden, zumal die römischen Juristen die Tendenz des betreffenden Senatsbeschlusses nicht bloß auf res, quae usu tolluntur, sondern auch auf solche, quae usu minuuntur, bezogen (L. 1. D. 7. 5.); es lag nahe, dieß als das der Absicht des den Usufructus bestellenden Rechtsgeschäfts Entsprechende sogar gewöhnlich und im Zweifel anzunehmen, wo nicht ausdrückliche Erklärung oder auch die besondere Beschaffenheit des Gegenstandes vielmehr einen wahren Usufructus als beabsichtigt anzusehen berechtigten. Von diesem Gesichtspunkte aus lassen sich denn auch die oben angeführten Stellen leicht vereinigen. In L. 9. §. 3. cit. setzt Ulpian eine auf Rückgabe der fraglichen Kleider gerichtete Stipulation des mit dem Vermächtniß des Nießbrauchs belasteten Erben voraus, und bestimmt nur die Folgen dieser Stipulation für den Fall einer schuldlosen Abnutzung; er setzt also voraus, daß die Parteien selbst das

Vermächtniß als das eines wahren Ususfructus aufgefaßt hatten. In L. 15. §. 4. cit. aber sagt derselbe Ulpian:

> Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sic ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur.

In den Ausgaben liest man zwar gewöhnlich: „non sicut ususfr. legetur“, wie Torelli nach der florentinischen Handschrift die Stelle gibt. Aber es liegt sehr nahe, und der Conjunctiv *legetur* scheint es sogar zu erheischen, daß man das Wörtchen *sicut* in zwei Wörtchen, *sic ut*, auflöse[1]. Alsdann sagt Ulpian: „Wenn der Nießbrauch an Kleidern vermacht ist, nicht in der Art, daß der Nießbrauch an einer Quantität, d. h. ein sogenannter Quasiususfructus, vermacht werde“, u. s. w. Hiernach reducirt sich die Differenz zwischen Pandekten und Institutionen nur darauf, daß die ersten beides, wahren und Quasiususfructus an Kleidern, nach Verschiedenheit der Willensmeinung, als möglich anerkennen, die letzten aber das eine, den wahren Ususfructus, zu allgemein und unbedingt verwerfen, und daher, wie es auch sonst wohl vorkommt, sich eine einschränkende Erklärung gefallen lassen müssen.

Das Ergebniß vorstehender Erörterung ist also dieses: In der Regel ist ein Ususfructus an Kleidern nach den Institutionen als Quasiususfructus anzusehen und zu behandeln; er kann aber auch nach Willensmeinung des Bestellers als wahrer Ususfructus aufzufassen sein, und dann ist er nach L. 15. §§. 4. 5. und L. 9. §. 3. citt. zu beurtheilen.

Die Frage aber, mit der wir uns beschäftigen, ist auch für das österreichische Recht von Interesse. Das b. Gesetzbuch unterscheidet

[1] In der Vulgate findet sich *legatur* statt *legetur*. Auch dieß kann eben so erklärt werden: „nicht so wie der Ususfructus einer Quantität vermacht wird“. Aber man darf nicht mit der Göttinger Ausgabe (not. 37. ad h. l.) interpungiren: „*non sic, ut quantitatis ususfructus, legatur*“, d. h. „so wird nicht so, wie der Ususfructus einer Quantität, vermacht“, wornach das folgende *dicendum est* mit einem Folgewort *igitur* oder *itaque* angeknüpft werden müßte. Eine andere Lesart ist: *non sicut si*, und ähnlich so liest Haloander: „*non quemadmodum si quantitatis ususfructus legetur*“. Bezieht man aber hier das *non* auf das vorhergehende *legatus est*, so sagt der Satz nur ungelenker wiederum dasselbe, wie nach der vorigen Lesart; zieht man es dagegen, was grammatisch näher liegt, zu dem folgenden *dicendum est*, so ergibt sich ein materiell verkehrter Satz; denn bei dem ususfructus quantitatis gerade, der den Gegenstand unbedingt der Verfügung des Ususfructuars unterwirft, kann man niemals sagen, was im andern Falle richtig ist: ita eum uti debere, ne abutatur. Die Basiliken freilich (XVI. 1. 15.) haben die Stelle anders aufgefaßt, indem sie nach der lateinischen Rückübersetzung sagen: Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur, ut nummis, quorum ususfructus legatus est. Aber dieser Satz weicht von dem Texte der Pandekten so wesentlich ab, daß er für eine Uebertragung desselben nicht gelten und zu dessen Erklärung nicht beitragen kann, er nimmt das Wort abuti in dem Sinne von aufbrauchen, verzehren, während Ulpian mit den Worten: *ita eum uti debere, ne abutatur*, offenbar nur sagen will, der Ususfructuar solle civiliter, tamquam bonus paterfamilias uti (cf. L. 27. §. 1. D. VII. 1.) und gerade dadurch zu erkennen gibt, daß er einen wahren Ususfructus voraussetzt, bei welchem jedoch gleichwohl das Vermiethen nicht gestattet sei, »quia bonus vir ita non uteretur«.

in §. 301 folgendermaßen: „Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber unverbrauchbare Sachen". Es macht davon Gebrauch einmal beim Darlehen (§. 983), wobei freilich eine Verwechslung mit dem Gegensatze von vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen zum Grunde liegt, sodann bei dem Rechte des Gebrauches und der Fruchtnießung (§. 510), indem es ausspricht: „Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtnießung, sondern nur ihr Werth". Der letzte Zusatz „sondern nur ihr Werth" steht zwar im Widerspruch mit den Definitionen des Gebrauchsrechtes und der Fruchtnießung (§. 504, 509.), welche „Schonung der Substanz" bedingen, „Verletzung der Substanz" ausschließen; denn der Werth ist ja nur in baarem Gelde zu bestimmen, „mit dem baaren Gelde aber kann der Berechtigte nach Belieben verfügen" (§. 510), und dasselbe gehört selbst im juristischen Sinne unzweifelhaft zu den verbrauchbaren Sachen. Aber es ist klar, daß das Gesetzbuch hier eben nur ein Analogon der eigentlichen Servitut des Gebrauches oder der Fruchtnießung, den sogenannten Quasiusufructus des römischen Rechtes, statuiren will. Zu welcher Klasse von Sachen nun Kleider zu rechnen seien, darüber spricht sich das Gesetzbuch nicht aus. Halten wir uns aber an die gesetzliche Definition von verbrauchbaren Sachen, so müssen wir sagen, daß Kleider nicht dazu gehören, da sie unzweifelhaft ebensowohl wie Meubles und andere Einrichtungsgegenstände ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen gewähren können, wenngleich sie durch den fortgesetzten Gebrauch allerdings leiden. Somit ist der §. 510. auf Kleider nicht zu beziehen. Aber dieser Paragraph sagt nur, daß verbrauchbare Sachen an sich nicht ein Gegenstand einer wahren Servitut der Fruchtnießung sind. Indem er aber anerkennt, daß doch ihr Werth Gegenstand der Fruchtnießung (des sog. Quasiusufructus) sein könne, schließt er nicht aus, daß in gleicher Weise wohl auch andere nicht an sich verbrauchbare Sachen ihrem Werthe nach Gegenstand der Fruchtnießung sein können, wenn der Wille darauf gerichtet ist. Es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß es möglich und wirksam sei, Jemanden den Nießbrauch an einer Garderobe ausdrücklich in der Art zu vermachen, daß der Legatar nach Beendigung des Nießbrauchs eben nur den Schätzungswerth der Kleider zurückerstatten solle. Ist dieß aber möglich durch ausdrückliche Bestimmung, so muß es auch ohne solche stattfinden können, wenn anders nur aus den Umständen mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß die Absicht darauf gerichtet

sei. Dieß kann nun gerade bei Kleidern, die zum gewöhnlichen Gebrauche bestimmt sind, leicht der Fall sein, und so kann denn, was wahr ist in der oben mitgetheilten Bemerkung der Justinianischen Institutionen, auch unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs noch praktisch sich geltend machen.

Indessen, könnte man einwenden, die ganze Frage ist eine praktisch unbedeutende, sie gehört in das Reich theoretischer Quisquilien; denn wie oft wird es Jemand einfallen, an Kleidern den Nießbrauch zu bestellen? Aber es ist schon Manchem eingefallen, an einem ganzen Vermögen den Nießbrauch zu hinterlassen, und es war das gerade die Tendenz des bekannten Senatsbeschlusses: „ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit"; das Rechtsverhältniß stellt sich dann nach Verschiedenheit der Gegenstände als verus oder quasi ususfructus dar. Zu einem Vermögen aber können auch Kleider gehören. Und gerade hier kann es nun sehr fraglich werden, wie in Ansehung derselben das Verhältniß zu beurtheilen sei, kann es unter Umständen einleuchtend sein, daß nach dem Willen des Bestellers nicht die Kleider als unverbrauchbare Sachen, sondern nur deren Werth Gegenstand der Fruchtnießung sein solle. Oder wird man zweifeln, daß z. B. der Mann, welcher seiner Wittwe die Fruchtnießung seines ganzen Vermögens vermacht hat, nicht der Meinung war, sie solle seine reiche Garderobe von den Motten zerfressen lassen, um sie dereinst in natura herauszugeben, sondern vielmehr der Meinung, sie solle nur deren Werth als Kapital der Fruchtnießung ansehen und diesen dereinst restituiren?

Aber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch kann unsere Frage auch noch in einem anderen besonderen Verhältnisse zur Sprache kommen. Als Heirathsgut kann nach §. 1227 „Alles, was sich veräußern und nutzen läßt", gegeben werden. Besteht dasselbe in baarem Gelde, in abgetretenen Schuldforderungen oder verbrauchbaren Sachen, so hat der Mann daran das vollständige Eigenthum, in anderen Fällen gehört ihm nur die Fruchtnießung während der Ehe. Der Paragraph hätte auch einfacher sagen können: „dem Manne gehört während der Ehe die Fruchtnießung des Heirathsgutes". Denn da nach §. 510. das Gesetzbuch auch eine Fruchtnießung, wenn gleich der Natur der Sache nach nur eine Quasi-Fruchtnießung, an verbrauchbaren Sachen, an baarem Gelde und Schuldforderungen anerkennt, so würde sich schon daraus von selbst ergeben, daß der Mann an unverbrauchbaren Sachen bloß die eigentliche Servitut der Fruchtnießung erhalte, an verbrauchbaren Sachen aber das Eigenthum, mit der Verpflichtnng, dereinst deren Werth zurückzugeben.

Jedenfalls ist das Verhältniß materiell, je nach Verschiedenheit der Gegenstände, ganz dasselbe, wie nach §. 509, 510. Nur in Ansehung von Schuldforderungen würde eine Abweichung stattfinden, in sofern nach §. 1227 behauptet werden möchte, daß der Mann hier nicht der Beschränkung auf den Zinsgenuß angelegter Kapitalien (nach §. 510) unterliege. Allein da §. 1227 nur von abgetretenen Schuldforderungen spricht, so ist man nicht berechtigt, ohne Abtretung dem Manne mehr als den Zinsgenuß zuzusprechen, wie denn auch Stubenrauch III. S. 423. behauptet, daß öffentliche und Privatschuldscheine Eigenthum der Gattin bleiben; und andererseits, wenn Jemanden ein angelegtes Kapital zum Zwecke der Fruchtnießung abgetreten ist, so ist nicht zu bezweifeln, daß auch er vollständiger Eigenthümer der Schuldforderung wird und nur deren Geldbetrag als Gegenstand seiner (Quasi-)Fruchtnießung zu betrachten ist. Dieser Unterschied besteht also nicht, und die obige Fassung des §. 1227. wäre nur richtiger und befriedigender, indem sie die Streitfrage über diesen Punkt ganz ausschließen würde.

Wie nun verhält es sich, wenn in dem Heirathsgut Kleider begriffen sind? Nach §. 1227. (vgl. mit §. 301.) wird man zunächst sagen müssen, daß der Mann nur als Fruchtnießer derselben anzusehen sei, in sofern nicht eine andere Willensmeinung im einzelnen Fall erkennbar ist. In dieser Beziehung aber kommt der folgende §. 1228 besonders in Betracht:

> „Besteht das Heirathsgut in unbeweglichen Gütern, in Rechten oder Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benutzt werden können, so wird die Ehegattin so lange als Eigenthümerin und der Mann als Fruchtnießer desselben angesehen, bis bewiesen wird, daß der Ehemann das Heirathsgut für einen bestimmten Preis übernommen und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden hat“.

Hier kann nun die Frage aufgeworfen werden: Hat sich der Gesetzgeber mit Absicht und Ueberlegung der Worte „Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benutzt werden können“ bedient, oder sollte dieß nur der Abwechselung wegen ein anderer Ausdruck für das Gegentheil von demjenigen sein, was im vorhergehenden Paragraphen durch „verbrauchbare Sachen“ bezeichnet ist, d. h. für unverbrauchbare Sachen? Von vornherein muß man geneigt sein, das erste anzunehmen. Von einem Gesetzbuche, das sich die gefährliche Mühe gibt, möglichst bestimmte Definitionen aufzustellen, ist nicht zu vermuthen, daß es, bloß um einer in solchem Falle nur tadelnswerthen Abwechselung der Ausdrucksweise

sich zu befleißigen, seine Definitionen selbst wieder alteriren und unsicher machen wolle, zumal wo dieß, wie hier, obendrein auf Kosten der sonst angestrebten Kürze geschieht. In der That aber ist es nicht einerlei, ob man nach §. 301. von Sachen spreche, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen gewähren, oder mit §. 1228. von solchen, die mit Schonung der Substanz benutzt werden können. Vielmehr ist man berechtigt anzunehmen, der Gesetzgeber habe im §. 1228. absichtlich diesen letzten Ausdruck gewählt, in der Erwägung, daß wohl Sachen zum Heirathsgute gegeben sein können, die man strenge genommen nicht als unverbrauchbare Sachen im Sinne des §. 301. bezeichnen könne, deren Substanz aber doch durch den fortgesetzten ihrer Bestimmung gemäßen Gebrauch einer fast vollständigen Abnutzung und Entwerthung unterliegt, und in Ansehung deren eben deßwegen die Vermuthung sich aufdringt, daß sie im Sinne der Betheiligten wohl den verbrauchbaren Sachen gleichgeachtet werden sollten. Das ist aber, wie wir gesehen, bei Kleidern meistens der Fall, und so kämen wir zu dem Resultate, daß man bezüglich dieser wohl auch ohne den strengen Beweis, den der §. 1227 sonst erfordert, dem Manne das Eigenthum beizulegen und sein Recht an dem Heirathsgute in soweit als eine bloße Quasi-Fruchtnießung anzusehen berechtigt sei. Indessen ist andererseits zu erwägen, daß es für den Ehemann beschwerend ist, wenn die Sachen zu bestimmtem Preise übernommen werden, in sofern er dann diesen Preis unter allen Umständen nach Endigung der Ehe zurückzugeben schuldig ist, obwohl die empfangenen Sachen durch den Gebrauch in ihrem Werthe sehr gemindert sein können, während ihm der Gebrauch der Sachen für die Dauer der Ehe eben so gesichert ist, wenn er auch nur Fruchtnießer geworden. Nun werden aber nicht leicht andere Kleider zum Heirathsgute gegeben werden, als welche zum Gebrauche der Frau selbst dienen, und da wird man mit Recht sagen, es sei doch nicht wahrscheinlich, daß der Ehemann die Gefahr der Abnutzung durch den Gebrauch der Frau selbst auf sich übernehmen wolle, obwohl es ihm wichtig genug sein kann, eine gewisse Ausstattung der Frau in Kleidern auszubedingen, damit nicht er selbst sogleich zu Anfang der Ehe zu einem beträchtlichen Aufwand in dieser Beziehung genöthigt sei. Und auf der anderen Seite ist es nicht minder unwahrscheinlich, daß beabsichtigt sei, der Ehemann solle sofort auch wider Willen der Frau über jene Garberobe nach Belieben verfügen können, um etwa augenblicklich dringende Schulden zu bezahlen, und der Frau nur der Trost dereinstiger Rückzahlung des Preises übrig bleiben. Demnach muß darauf verzichtet werden, in Ansehung der zum Heirathsgut

gegebenen Kleider aus §. 1228 irgend eine Präsumtion für die Ausnahme von der Regel des §. 1227 abzuleiten; es muß auch für sie bewiesen werden, daß der Mann sie zu einem bestimmten Preise übernommen habe, den allein er zurückzugeben sich verbunden hat. Aber zu diesem Beweise wird es auch überall genügen, wenn aus der Gesammtheit aller Umstände dieses als die Absicht der Betheiligten zu erkennen ist.

Jedenfalls sind nach §. 1227. alle zum Heirathsgut gegebenen Sachen entweder in des Mannes vollständigem Eigenthume oder bis zum Ende der Ehe dessen Fruchtnießung unterworfen. Dieß muß denn auch von den zur Ausstattung oder Aussteuer der Frau mitgegebenen Sachen, also auch von den darin begriffenen Kleidern behauptet werden, in sofern in jener Ausstattung die Bestellung eines Heirathsgutes zu erkennen ist. Freilich tritt uns hier, so viel die Möglichkeit des Nutznießungsrechtes betrifft, eine hohe Autorität in den Weg. In der Begründung eines Erkenntnisses (vgl. Gerichtszeitung 1859, Nr. 137.) heißt es:

„Die Nutznießung ist nach §. 509 des a. b. G. B. das Servitutsrecht, eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen. Diese Effekten sind aber schon nach ihrer Beschaffenheit zu einer Nutznießung im gesetzlichen Sinne nicht geeignet, weil sie offenbar keine Früchte tragen und keinen anderen Nutzen abwerfen, als den, daß sie gebraucht werden können — die darunter befindlichen Kleidungsstücke (worin jene Effekten zumeist bestehen sollten) aber auch selbst zu einem persönlichen Gebrauche für den Kläger nicht geeignet".

Allein — salvo honore und eingedenk des Horazischen: „quandoque bonus dormitat Homerus" — können wir nicht umhin, diese Gegenargumentation für verfehlt zu erklären. Sie scheint uns aus mangelhafter Auffassung des Nutznießungsrechtes und falscher Buchstaben-Interpretation hervorgegangen zu sein. Wir geben unbedenklich zu, daß Kleidungsstücke „offenbar keine Früchte tragen", keine natürlichen, und auch keine Civilfrüchte; denn wir sagen mit Ulpian, daß der Nießbrauch an Kleidern zu deren Vermiethung nicht berechtige, quia bonus vir ita non uteretur. Aber der Usus fructus kann an allen Sachen bestellt werden, an allen unverbrauchbaren, also auch an weiblichen oder männlichen Kleidungsstücken, wenn sie als solche gelten, als verus, an verbrauchbaren als quasi-ususfructus. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. Dieser Senatsbeschluß gilt auch heutzutage noch, ist auch unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches noch praktisch. Darauf,

ob die Sache Früchte trägt, kommt es nicht an. Genießen, ohne Einschränkung genießen[2], kann ich auch einer Sache, die keine Früchte trägt; genießen wir doch auch der frischen Luft, können sogar schwelgen im Genuß einer schönen Aussicht u. s. w. Wenn also auch eine Sache nach ihrer besonderen Beschaffenheit keinen anderen Nutzen abwirft, als daß sie gebraucht werden kann, so kann sie nichtsdestoweniger Gegenstand der Fruchtnießung sein. Das Gebrauchsrecht im gesetzlichen Sinne unterscheidet sich von der Fruchtnießung im gesetzlichen Sinne nicht durch die Verschiedenheit des Gegenstandes oder seiner Nutzbarkeit, sondern durch die in das Recht selbst gelegte Beschränkung, und wenn daher auch zufällig nach der besonderen Beschaffenheit der Sache die Servitut der Fruchtnießung keinen größeren materiellen Vortheil gewährte, als das Gebrauchsrecht an derselben Sache gewähren würde, so kann man jenes dennoch eine Fruchtnießung im gesetzlichen Sinne nennen. Wäre dieß nicht richtig, so würde das Gesetzbuch im §. 1227 einen Fehler gemacht haben, daß es neben der Fruchtnießung nicht auch beziehungsweise das Gebrauchsrecht dem Manne beigelegt hat, da es unläugbar Sachen gibt, die als veräußerliche und nutzbare zum Heirathsgut geeignet sind, die aber doch keinen andern Nutzen abwerfen, als daß sie gebraucht werden können. Aber auch darauf ferner kommt es nicht an, ob die (nicht fruchttragende) Sache gerade zum persönlichen Gebrauche des Berechtigten geeignet sei. Nicht einmal bei dem in sich beschränkteren Gebrauchsrechte kann man dieses Moment strenge festhalten. Denn nach §. 305. darf der Gebrauchsberechtigte den „seinem Stande, seinem Gewerbe und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen“ von der Sache ziehen, und kein Richter wird so unvernünftig sein, nach §§. 305. 306. dem Manne z. B. zu verwehren, in dem Hause, an dem ihm das Gebrauchsrecht zusteht, auch Frau und Kinder nicht nur mit sich, sondern selbst allein wohnen zu lassen, wenn er etwa durch Dienst- oder andere Verhältnisse an einen anderen Ort gebunden ist, seine Kinder das Obst im Garten verzehren

[2] Dieß hebt §. 509 als das charakteristische Merkmal der Fruchtnießung im Gegensatze des Gebrauchsrechtes hervor. Beiläufig möge hier bemerkt werden, daß sich auch in diesem Paragraphen der bekannte Satz bewährt: »omnis definitio in iure periculosa est«. Die Worte „ohne alle Einschränkung“ sind eingefügt im Gegensatze zu den Worten: „bloß zu seinem Bedürfnisse“ im §. 504. Wollte man sie aber buchstäblich nehmen, so würde sich ergeben, daß es nicht mehr Fruchtnießung wäre, wenn Jemanden die Fruchtnutzung eines Waldes vermacht würde, aber mit der Einschränkung, die alten Eichen darin stehen zu lassen, oder die eines reichen Landgutes, mit der Einschränkung, es nicht zu verpachten, oder keine Runkelrüben darauf zu bauen und keine Zuckerfabrik darauf anzulegen u. dgl. m. Besser wäre auch anstatt des Wortes Fruchtnießung das sonst übliche Nießbrauch gewählt worden, wie z. B. im preuß. Landrecht, im Züricher Gesetzb., weil jenes den Fruchtgenuß zu stark betont. Das lateinische usus-fructus ist jenem nicht ganz gleichzustellen, als Substantivum von uti-frui, das nicht nothwendig auf Fruchtgenuß deutet. Auch die Definition im §. 504 könnte beanstandet werden, was aber hier zu weit führen würde.

zu lassen, und wenn auch er selbst an der Idiosynkrasie litte, daß er keinen Apfel durch seinen Gaumen zu bringen vermöchte[3]. Um so weniger kann es bei der Fruchtnießung darauf ankommen. Zu welchen lächerlichen Consequenzen eine solche Beschränkung führen würde, läßt sich leicht an einigen Beispielen zeigen. Wenn ein Mann der Wittwe den Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen hinterlassen hat, worin sich unter Anderem Tintenfässer, Bücher, vollends lateinische und griechische Bücher, oder Gewehre, oder Künstler- oder Handwerks-Requisiten befinden; sie kann selbst nicht schreiben oder lesen, versteht wenigstens nicht lateinisch oder griechisch, oder sie kann selbst nicht auf die Jagd gehen oder an einem Nationalschießen theilnehmen, sie versteht nichts von Kunst oder vom Handwerk: in Ansehung dieser Sachen fällt ihr Recht des Nießbrauchs weg; denn einen anderen Nutzen, als daß sie gebraucht werden können, werfen diese Sachen nicht ab, und zu persönlichem Gebrauche für die Frau sind sie nicht geeignet; sie darf bei Leibe nicht ihre Kinder das Tintenfaß gebrauchen lassen, ihren studirenden Söhnen nicht die lateinischen oder griechischen Bücher zum Gebrauche übergeben u. s. w. Wer Lust dazu hat, mag sich das noch weiter ausdenken. Nehmen wir nun den umgekehrten Fall: die Frau hinterläßt dem Manne den Nießbrauch an ihrem Vermögen, zu welchem auch ihre Kleider und weibliche Zierrathen gehören. Daß er selbst sich deren etwa zu einer Maskerade bedienen könnte, wollen wir übersehen; es wäre kaum ein geeigneter persönlicher Gebrauch zu nennen. Er soll sich aber nur nicht beigehen lassen, seine Tochter mit dem Halsgeschmeide der Verstorbenen zu schmücken, sie deren Kleider anlegen zu lassen u. s. w. Wer das für unvernünftig hält, der wolle sich auch nicht sträuben gegen die Anerkennung der Möglichkeit, daß dem Ehemann an der zumeist in weiblichen Kleidungsstücken bestehenden, ihm als Heirathsgut übergebenen Ausstattung seiner Frau das Recht des Nießbrauchs zustehen könne. Gehört es doch auch zum „Hauswesen", daß die Frau in anständigen Kleidern des Hauses walte, und kann es für den zärtlichen Gatten ein hoher Genuß sein, die Frau in glänzendem seidenen Gewande, das ihr selbst erst anzuschaffen sein verständiger Sinn bei schmaler Besoldung ihm nicht erlaubt, in Gesellschaft zu führen? So finden wir denn auch im römischen Rechte „vestem, qua mulier utitur" unbedenklich als möglichen Gegenstand der Dos erwähnt (L. 10. pr. D. de jure dot. 23. 3.); es kann aber kein Jurist bezweifeln, daß, was Gegenstand des römischen Dotal*eigenthumes* des Mannes sein konnte, ebensowohl auch Gegenstand des im bürgerlichen

[3] Vgl. L. 2—9. D. de usu. 7. 8. Stubenrauch II. S. 195.

Gesetzbuche an dessen Stelle gesetzten Dotal-Nutznießungsrechtes des Mannes sein könne.

Mit jenem Einwande ist es also nichts; es wird nur darauf ankommen, ob solche Ausstattung dem Manne wirklich als Heirathsgut zugebracht sei? und in welcher Weise: ob nach §. 1227. mit dem Rechte des eigentlichen Nießbrauchs, oder nach §. 1228. mit dem Rechte des Eigenthumes oder, was hier dasselbe ist, des Quasi-Ususfructus? In beiden Beziehungen ist der Rechtsfall, über welchen das erwähnte Erkenntniß ergangen, belehrend.

Dem Manne war, so behauptet er, und diese Behauptung ist im Erkenntniß zweiter Instanz als erheblich zum Beweise verstellt worden, vor der Ehe ein Heirathsgut von 4000 fl. zugesichert, mit der Bestimmung jedoch, daß er davon nur 2600 fl. baar, die übrigen 1400 fl. aber durch Ausstattung der Frau erhalten sollte. Darauf war die Ehe mit solcher Ausstattung der Frau erfolgt, und der Mann will nun die zu der letzten gehörenden Effekten als in seinem Eigenthum befindlich der gegen die Frau verhängten exekutiven Pfändung entziehen.

Was die Beklagte dagegen eingewendet: „daß die gepfändeten Effekten unverbrauchbare Sachen seien, daher dem Kläger nur das Nutznießungsrecht zustehen würde, welches er aber gar nicht ausüben könne, da diese Effekten zumeist in weiblichen Kleidungsstücken bestehen", das ist in seinem letzten Theile schon durch das Obige widerlegt. Der Mann übt sein Nutznießungsrecht dadurch aus, daß er der Frau eben diese Kleidungsstücke ferner zum Zwecke der Bekleidung zu Gebote stellt, wodurch er der Nothwendigkeit überhoben ist, für dieselbe auf seine Kosten andere Kleidungsstücke anzuschaffen, um dieselbe eben so anständig, wie bisher, gekleidet zu sehen. Der Kläger hätte aber auch als bloßer Nießbraucher, auf so lange als dieses sein Recht des Nießbrauchs dauert, die Entziehung jener Sachen aus der exekutiven Pfändung mit Recht begehren können, und in sofern schon ist das Erkenntniß erster Instanz, welches den Kläger abwies, „weil ihm an denselben als unverbrauchbaren Sachen ein Eigenthum nicht zustehe", dem materiellen Rechte nicht entsprechend.

Allein das Urtheil zweiter Instanz hat probatis probandis der Ansicht des Klägers entsprechend angenommen, daß dem Kläger selbst das Eigenthum der fraglichen Sachen erworben sei, indem die Ausstattung an Zahlungsstatt als Heirathsgut übergeben worden, und hat aus diesem Grunde das erste Urtheil abgeändert. Dagegen aber ist nun Folgendes eingewendet worden:

„Daß die einer Tochter gegebene Ausstattung als ein Theil des Heirathsgutes zu betrachten sei, wird in keiner Gesetzesstelle erklärt".

Dieß hat seine Richtigkeit; das Gesetzbuch erwähnt überhaupt gar nicht einmal der Ausstattung einer Tochter. Fände sich eine solche gesetzliche Bestimmung vor, so würde sie für den vorliegenden Fall in sofern von Bedeutung sein, weil sie den Kläger selbst vom Beweise der von ihm behaupteten Thatsache, daß die Ausstattung zum Heirathsgute gehöre, befreien würde. Außerdem ist jene Bemerkung unerheblich; denn daß eine solche Ausstattung Heirathsgut sein **könne**, ist nichtsdestoweniger unzweifelhaft, so gut wie es z. B. eine Handwerkseinrichtung sein kann, obwohl auch das im Gesetzbuch nicht gesagt ist, oder eine Eisenbahnaktie, wovon das Gesetzbuch noch gar nichts sagen konnte. In der gemeinrechtlichen Jurisprudenz ist es streitig, **ob im Zweifel** und in wie fern die Ausstattung der Frau als Heirathsgut anzusehen sei (vgl. z. B. Puchta, Pand. §. 414. not. d. und Sintenis, das gemeine Civilrecht III. S. 16. Anm. 12.). **Daß** aber dieselbe je nach Absicht der Parteien zum Heirathsgut gehören **könne**, daß diese Absicht auch nach Umständen ohne ausdrückliche Erklärung als stillschweigend erklärte anzunehmen sei, darüber ist man einig, so wie darüber, daß demnach auch solche Sachen, die zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, wie Kleider, Bestandtheil des Heirathsgutes sein können. Es fragt sich also nur, ob in unserem Falle die Ausstattung Heirathsgut gewesen? Ist wahr, was der Kläger behauptet, daß ihm ein Heirathsgut von 4000 fl. zugesichert worden, wovon er 2600 fl. baar, 1400 fl. durch Ausstattung der Frau erhalten sollte, so scheint die Bejahung dieser Frage keinem Bedenken zu unterliegen. Allein die Entgegnung fährt fort:

> „Wenn also auch wirklich die Gattin des Klägers ein Heirathsgut von 4000 fl., und zwar 2600 fl. baar und 1400 fl. als Ausstattung hätte mitbringen sollen und auch wirklich die gepfändeten Effekten als Ausstattung erhalten hätte, so folgt daraus noch keineswegs, daß dem Kläger auf diese Effekten ein Eigenthums- oder Nutznießungsrecht zustehe";

d. h. es folgt daraus keineswegs, daß der Kläger die Ausstattungsgegenstände wirklich zum Heirathsgut erhalten habe, weder als verbrauchbare oder aestimirte Sachen, so daß er Eigenthümer derselben wurde und nur den Geldwerth dereinst zurückzuerstatten hatte, noch als unverbrauchbare und nichtaestimirte Sachen, so daß ihm nur das Nutznießungsrecht daran zustände. Jenes „**also**" ist überraschend; man sollte doch meinen, wenn verabredet ist, der Mann solle ein Heirathsgut

im Geldwerthe von 1400 fl. durch Ausstattung der Frau erhalten, und diese Verabredung nun durch wirkliche Ausstattung vollzogen ist, so sei nicht zu bezweifeln, daß dieß Heirathsgut sei, wie schweigsam auch das Gesetzbuch in Betreff der Ausstattung sich verhalte. Indessen es werden sofort noch besondere Gründe angeführt: 1) warum dem Manne kein Eigenthumsrecht und 2) warum ihm kein Nutznießungsrecht an den fraglichen Effekten zustehe. Die letzten können wir hier mit Stillschweigen übergehen, da sie im Obigen bereits vollständig widerlegt sind. Die ersten aber lauten:

„Denn der Geklagte gesteht selbst zu, daß diese Effekten eigentlich nicht ihm, sondern seiner Gattin übergeben worden seien, die Uebergabe derselben an die Gattin kann aber als eine Ueberschickung an den Kläger um so weniger angesehen werden, als auf keinen Fall angenommen werden kann, daß die Mutter die bloß zum weiblichen Gebrauche dienenden Sachen durch die Tochter habe dem Kläger überschicken wollen".

Zur Beleuchtung dieses „auf keinen Fall" möge folgende juristische Fabel dienen:

Der Wittwer A, ein Bauer, der einen Sohn B hat, welcher das Tischlergewerbe beginnen will, bewirbt sich um die Hand der Tochter eines eben verstorbenen Tischlers, und verabredet, daß ihm ein Heirathsgut von 4000 fl. zugebracht werde, so jedoch, daß ihm nur 2600 fl. baar bezahlt werden, für die übrigen 1400 fl. aber er das Tischlergeräthe des Verstorbenen zur Einrichtung seines Sohnes übernehme. Die Ehe wird geschlossen, die Zahlung von 2600 fl. an den A geleistet, das Tischlergeräthe von der Schwiegermutter ohne weiteres dem B ausgeliefert. Wird man auch hier sagen wollen: „auf keinen Fall kann angenommen werden, daß die Mutter die bloß zum Tischlergebrauche dienenden Sachen durch den Tischler B dem Bauer A, der sie für sich nicht brauchen kann, habe übergeben wollen"? Wie hier offenbar nur eine genaue und vollständige Erfüllung der Verabredung über das Heirathsgut vorliegt, so ist es auch in unserem Falle; durch die Ausstattung der Tochter erfüllte die Mutter ihre Zusicherung, dem Schwiegersohn auf jenem Wege den Werthbetrag von 1400 fl. als Heirathsgut zukommen zu lassen; in jener Verabredung vor der Ehe lag stillschweigend die Autorisation für die Mutter, die zur Ausstattung gehörigen Gegenstände eben als Ausstattung der Tochter mitzugeben und eben dadurch dem Manne diesen Theil des Heirathsgutes zuzustellen, um so mehr als auch ein optimus paterfamilias die unmittelbare Obsorge für die zu ihrem persönlichen Gebrauche

dienenden Sachen der Frau zu überlassen pflegt. Man kann sich zum Ueberfluß deßhalb auch noch auf §. 429. berufen, welcher sagt:

„In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält: es wäre denn, daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte".

Hier war die Ueberschickungsart dadurch bestimmt, daß die Sachen als Ausstattung der Frau mitgegeben werden sollten. Indem aber dieselben durch die Frau oder mit der Frau in das Haus des Mannes, in welchem dieser ja die Herrschaft hat, gebracht worden, sind sie vollends in den Besitz des Mannes übergegangen; daß der Empfänger in eigener Person die Sachen Stück für Stück mit der Hand ergreife, wagt doch selbst zu der körperlichen Uebergabe des §. 426. kein Vernünftiger zu erfordern (Stubenrauch II. S. 810.).

Ob nun aber die Sachen dem Manne zu Eigenthum oder zu Nutznießung erworben, darüber ist durch diesen Sachverhalt noch nichts entschieden, da auch zum Erwerb des Nutznießungsrechtes an beweglichen Sachen nach §. 481. die Uebergabe erforderlich ist. Mit Recht jedoch ist im Urtheil zweiter Instanz das erste, das auch der Kläger behauptete, angenommen worden. Für diesen war es, um seinen dermaligen Zweck zu erreichen, eigentlich einerlei, ob man das eine oder andere annehme. In den weiteren Consequenzen ist es zu seinem Nachtheil, wenn das erste angenommen wird, weil er dann jedenfalls dereinst den Werth von 1400 fl., also im Ganzen 4000 fl., als Heirathsgut zu erstatten hat, während er im anderen Falle die Ausstattungsgegenstände nur in dem Zustande, in welchen sie durch den Gebrauch versetzt worden sind, herauszugeben hätte (L. 10. pr. D. de jure dot. 23. 3.). Schon dieß gibt seiner Auffassung und Angabe ein größeres Gewicht. Aber dieses entspricht auch durchaus dem Vorgange, wie er denselben behauptet hat. War ihm ein Heirathsgut von 4000 fl. zugesichert, dabei aber zugleich verabredet, daß er nur 2600 fl. baar, die übrigen 1400 fl. durch Ausstattung der Tochter erhalten sollte, so kann dieß nicht anders ausgelegt werden, als daß er anstatt der letzten Summe die Ausstattung der Tochter in solchem Werthe annehmen oder daß ihm diese zu dem Werthe von 1400 fl. aestimirt zum Heirathsgute übergeben sein solle, somit in Ansehung derselben der §. 1228 zur Anwendung komme. *

* Haimerl's Vierteljahrschr. V. 4. S. 140—153. (1860.)

## 20.

# Die Emphyteuse.*

Emphyteusis ist ein der Regel nach veräußerliches und vererbliches dingliches Recht auf vollkommene Benutzung eines in fremdem Eigenthum befindlichen Grundstückes, mit der Verbindlichkeit zur Pflege desselben und zur Entrichtung einer gewissen Abgabe an den Eigenthümer[1]. Die historische Ausbildung dieses Institutes des römischen Rechtes[2] hat, so viel wir mit Sicherheit erkennen können, ihren Ausgang genommen von einem bei städtischem Grundvermögen häufig vorkommenden besonderen Rechtsverhältniß. Stadtgemeinden pflegten ihre zur Cultur geeigneten Grundstücke wohl in ewige Pacht zu geben, dergestalt daß dieselben weder dem ursprünglichen Pachter noch dessen Nachfolgern entzogen werden sollten, so lange die festgesetzte Abgabe, vectigal, gehörig entrichtet würde[3]. Die auf solche Bedingung in Pacht gegebenen Grundstücke wurden in der classischen Jurisprudenz vectigales agri genannt, zum Unterschied von denjenigen, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus, d. i. non vectigales agri. Zum Schutze dieses Verhältnisses aber wurde eine eigene in rem actio eingeführt, wirksam sowohl gegen die Municipes oder die Stadtgemeinde selbst, als gegen dritte Personen[4], welche Klage jedoch dann auch zum Schutze einer auf bestimmte Zeit beschränkten ähnlichen Ueberlassung eines Grundstücks gestattet wurde[5]. Ein verwandtes Rechtsverhältniß war das

* Lehrb. §. 195—199.

[1] Vgl. Hug. Donelli, comm. iur. civ. lib. IX. cap. 13—15. Buri, von den Bauergütern (Gießen 1783.) Nr. 17. S. 151—254. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 8. S. 378—556. Thibaut, System (8. Aufl.), §. 775. Note t. u. — Quellen: Tit. Dig. si ager vectigalis, i. e. emphyteuticarius, petatur. 6. 3. Cod. de iure emphyteutico. 4. 66. (Dazu Leonini, praelectiones in Ottonis thes. V. p. 655—666.) Cf. tit. Cod. de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. 11. 61. Theod. Cod. 5. 13.

[2] Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. Heidelb. 1838.

[3] L. 1. pr. D. h. t. Agri civitatum . . . vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Nach Hal. quandiu . . . . tamdiu, womit übereinstimmt Gai. III. 145. und §. 3. J. de locatione. 3. 24. Cf. L. 1. Cod. de administrat. rerum. publ. 11. 30. Vgl. Savigny, Recht des Besitzes (6. Ausg.), S. 120. 121. Vuy, l. c. p. 58 sq.

[4] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t.

[5] L. 3. D. h. t. Idem est etsi ad tempus habuerint conductum nec tempus finitum sit. Es ist nicht wahrscheinlich, daß hierbei an denselben Fall gedacht ist, der in L. 1. pr. mit den Worten bezeichnet wird: ita colendi dantur, ut privatim . . . dare solemus. War erst bei der locatio in perpetuum ein besonderes Rechtsverhältniß der agri vectigales anerkannt worden, so war leicht der Schritt weiter gemacht, dieses auch mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeit (z. B. 100 Jahre nach Hygin. apud Goes. p. 205. 206.) stattfinden zu lassen. Dieß war dann aber keine gewöhnliche Temporalpacht, die außerdem den Städten auch noch möglich blieb.

der fundi emphyteutici oder emphyteuticarii, ius emphyteuticum, welches, nach dem Namen zu schließen, in griechischen Provinzen seinen Ursprung gehabt haben mag, und anfangs vielleicht vorzüglich in Ansehung neu zu cultivirender Grundstücke eingegangen wurde. Es ist zuerst erwähnt in einer der Interpolation nicht verdächtigen Stelle von Ulpian, aber ohne nähere Andeutung seines Wesens[6]. Darnach wird zuerst wieder in einer Constitution von Diocletian und Maximian praedium emphyteuticum genannt und zwar, wie es scheint, unterschieden von vectigale parallel mit patrimoniale praedium[7]. In den Constitutionen der späteren Kaiser aber erscheint das ius emphyteuticum vorzüglich gerade in Beziehung auf kaiserliche Patrimonialgüter als ein sehr verbreitetes Institut, und häufig findet sich patrimonialis sive emphyteuticus fundus nebeneinander gestellt[8]. Aber auch bei städtischen Grundstücken und solchen, die zu kirchlichen Zwecken bestimmt waren, kommt dasselbe unter demselben Namen vor[9], und ist dann in gleicher Weise auch auf Privatbesitzungen angewendet worden[10]. Eine andere Bezeichnung dafür ist auch ius perpetuarium, welches, wenn auch früher unterschieden, wenigstens zuletzt als gleichbedeutend mit ius emphyteuticum gebraucht wurde[11]; daher denn auch die Inhaber emphyteutischer Güter perpetuarii

[6] L. 3. §. 4 D. de reb. eor. 27. 9. Si ius ἐμφυτευτικόν vel ἐμβατευτικόν habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit. Ob hier ἐμβατευτικόν (nach dem Cod. Florent.) oder ἐμβατικόν (nach den Basiliken) gleichbedeutend sei mit ἐμφυτευτικόν? Cujacius nimmt es so an in: Not. ad Institut. III. 24. §. 3. (opp. ed. Neapol. I. p. 215.) Anderwärts aber erklärt derselbe das erste für gleichbedeutend mit ius superficiarium. S. comm. in lib. XI. respons. Pap. ad L. 1. D. de pignor., in lib. XXI. Pauli ad Edictum ad L. 74. D. de rei vind., recitat. ad tit. D. si ager vectigalis (opp. ed. Neap. IV. p. 1282. V. p. 305. VII. p. 377.). Haloander bezieht ἐμβατευτικόν auf die missio in possessionem ex primo decreto. Ganz anders bestimmt den Unterschied Birnbaum, die rechtliche Natur der Zehnten, S. 64. 65. Note 24.

[7] L. 13. Cod. de praediis et al. reb. min. 5. 71. »Vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium.« Nach Birnbaum, a. a. O. Note 35, sollen freilich die Worte patrimoniale sive emphyteuticum nur eine nähere Bezeichnung zwei verschiedener Unterarten des vectigale praedium enthalten. Aber die Meinung dieses Schriftstellers, wornach der von Kirchen oder Städten zur Nutzung an Andere ausgegebene, jenen selbst aber ursprünglich vom Staate eingeräumte Boden der eigentliche ager emphyteuticus im Gegensatze der fundi patrimoniales gewesen sein soll, widerlegt sich durch die in Note 8—10 allegirten Stellen.

[8] L. 15. 17. 19. 20. 21. 33. 39. Theod. Cod. l. c. L. 1. 5. 7. 12. Iust. Cod. de fundis patrimon. L. 4. Theod. Cod. de collat. fund. patrimon. 11. 19.

[9] L. 2. Cod. ne rei domin. 7. 38. Emphyteuticariis dominici iuris, reipublicae, vel iuris sacrorum templorum. Cf. L. 7. Cod. de fund. patrimon. L. 33. 35. Theod. Cod. eodem. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicae et templorum. 10. 3. L. 2. 3. Just. Cod. de locat. praediorum civil. 11. 70. Tit. Cod. de iure reipublicae. 11. 29. etc.

[10] Dieß geht hervor aus L. 1. Cod. de iure emphyteut. und §. 3. J. de locat. Vgl. Savigny a. a. O. S. 122.

[11] L. 1. Cod. de off. com. sacri palat. (1. 34.) Totius iuris perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, exactio. Der Zusatz »h. e. emphyteut.« findet sich in L. 1. Theod. Cod. eodem 1. 11. noch nicht.

possessores hießen [12]. Wenngleich nun dieses emphyteutische Recht ursprünglich von dem Rechte an dem ager vectigalis municipum unterschieden worden sein mag, so ist es doch in seiner weiteren Ausbildung und festeren Gestaltung, die nur allmälig durch die Praxis und kaiserliche Constitutionen sich vollendete, und auf welche besonders eine Constitution von Zeno und zwei Constitutionen von Justinian bedeutend einwirkten [13], mit jenem gänzlich verschmolzen worden; und diese Gleichstellung gibt sich im Justinianischen Rechte unzweideutig dadurch zu erkennen, daß zweimal ager vectigalis durch den Zusatz „id est emphyteuticus oder emphyteuticarius" erklärt wird [14]. Demnach ist dann, was im Justinianischen Rechte über das Recht an Vectigalgrundstücken gesagt wird, auch auf das emphyteutische Recht zu beziehen und umgekehrt.

Dieses Recht nun, so umfassende Befugnisse dasselbe gewährt, ist doch nur als ein das Eigenthum beschränkendes Recht, ius in re aliena, anzusehen. Es wird bezeichnet als ius praedii [15], ius in fundo vectigali, ausdrücklich im Gegensatze des Eigenthums [16]. Der Erwerber desselben (emphyteuta, emphyteuticarius), heißt es, werde nicht Eigenthümer des Grundstückes [17]; vielmehr wird ihm der rei dominus entgegengesetzt [18]; und so wird auch dominium vel emphyteusis vel conductio unterschieden [19]. Zwar scheint in mehreren Stellen des Justinianischen wie des Theodosischen Codex das Verhältniß emphyteutischer Inhaber von kaiserlichen Patrimonialgrundstücken geradezu als dominium bezeichnet zu werden [20]; und dieses hat Veranlassung zu der Meinung gegeben oder dieselbe unterstützen sollen, daß dem Emphyteuta wahres, nur unter gewissen Bedingungen widerrufliches, Eigenthum, gleich dem

[12] L. 33. Th. Cod. h. t. Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel rei publicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis. Cf. L. 14. §. 1. Th. Cod. de tiron. 7. 13.

[13] L. 1. 2. 3. Cod. de iure emphyteut.

[14] Einmal in der rubr. tit. D. cit. (Note 1); dann mittelst einer unzweifelhaften Interpolation in L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. Qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum, possidet. In den neueren Constitutionen nach Diocletian (Note 7) kommt der Ausdruck vectigale praedium, ager vectigalis nicht mehr vor.

[15] Vgl. Note 5.

[16] L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus . . . quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed etsi . . . alii fundum legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.

[17] L. 1. §. 1. D. h. t. Quamvis non efficiantur domini. Vgl. L. 71. §. 5. cit. L. 10. D. fam. ercisc. 10. 2. Item praedia quae nostri patrimonii sunt (cf. L. 8. §. 1. ibid.); sed et vectigalia vel superficiaria.

[18] §. 3. J. cit. L. 1—3. Cod. h. t.

[19] L. 8. Cod. de fund. patrimon.

[20] L. 18. Th. Cod. 5. 13. L. 4. Th. Cod. 5. 14. L. 2. Just. Cod. de fund. rei priv. 11. 65. L. 4. 12. Cod. de fund. patrimon.

Eigenthum an Provinzialgrundstücken nach vorjustinianischem Rechte, beizulegen sei[21]. Allein wenn auch jenes der Fall wäre, so konnte dieß doch für die Bestimmung der im Justinianischen Rechte geltenden Ansicht nicht in Betracht kommen, weil alle jene Constitutionen älter sind, als die erwähnte von Kaiser Zeno, und sich daher der Ausdruck derselben wohl erklären ließe mit Rücksicht auf die erst durch diese Constitution beseitigte Streitfrage, ob die Einräumung der Emphyteuse als alienatio des Grundstückes oder nur als locatio conductio anzusehen sei, nun aber die in den neueren Constitutionen ausgesprochene Ansicht über das Wesen des Rechtsverhältnisses entscheiden müßte[22]. Indessen sind die angezogenen Stellen des Justinianischen Codex auch befriedigend dadurch erklärt worden, daß den emphyteutischen Besitzern von Patrimonialgütern oft wahres Eigenthum, obwohl unter Vorbehalt einer Abgabe an den kaiserlichen Schatz, ertheilt oder von ihnen hinzuerworben wurde[23]. Daß auch die Idee eines sogenannten dominium utile, welches man seit den Glossatoren unter anderen auch dem Emphyteuta beizulegen pflegte, so wenig in den Quellen begründet, als an sich beifallswürdig sei, bedarf keines Beweises mehr[24]. In der That ist die Emphyteusis ein ius in re aliena, welches, da es wie die Servituten und die Superficies dem Eigenthümer in Ansehung der Nutzung der Sache eine Beschränkung auflegt, mit diesen Rechten unter den allgemeinen Begriff dinglicher Nutzungsrechte (im Gegensatze des Pfandrechtes) gestellt werden kann[25], welches auch, wie in einer Stelle die Superficies wirklich genannt ist[26], füglich servitus hätte genannt werden können und vielleicht genannt worden wäre, wenn nicht dieser Ausdruck bereits als regelmäßige ausschließliche Bezeichnung für eine im alten Civilrecht schon ausgebildete Classe von Rechten hergebracht gewesen wäre, von denen sich die Emphyteusis, wie die Superficies, historisch durch die spätere, vielleicht ursprünglich prätorische[27],

[21] Savigny, Recht des Besitzes (2. Ausg.), S. 99 flg.

[22] Vgl. unten Note 102—104.

[23] L. 4. 12. Cod. cit. Daher licentia eis concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare. Dagegen L. 2. Cod. de mancip. et colon. 11. 62. Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus et emphyteuticis, qui fundorum non sunt domini, praestiterint.... rescindant. Vgl. Thibaut, civ. Abhandl. Nr. 11. S. 269—281., welchem dann auch Savigny beistimmte (6. Ausg., S. 124. Note 3.) S. auch Donell. l. c. cap. 14. §. 26. 27. Buri, S. 166—168.

[24] Thibaut, Versuche, Bd. 2. Nr. 3, vgl. dessen Abh. a. a. O. — Doch hat Glück, S. 386 flg., noch das dominum utile des Emphyteuta in Schutz genommen. Vgl. auch Du Roi im Arch. für civ. Praxis, Bd. 6. S. 386 flg.

[25] Puchta, Lehrb. §. 118. Blume, Grundriß des Pandektenrechtes, §. 167.

[26] L. 86. §. 4 D. de legat. I.

[27] Puchta, Lehrb. §. 170. Arg. L. 66. pr. D. de eviction. 21. 2. Actione, quae de fundo vectigagi proposita est. Vgl. Gai. IV. 46. 47. Dieser Ausdruck beweist wenigstens, daß die vectigalis

Entstehung, materiell durch ihren umfassenden Inhalt und dadurch unterscheidet, daß sie selbständig vererblich und veräußerlich ist, während die Servituten an eine bestimmte Person des Berechtigten oder an ein bestimmtes Grundstück als gewissermaßen berechtigtes Subject wesentlich gebunden sind. Denn übrigens, wenn man nur auf den materiellen Inhalt der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse sieht, ist das Recht des Emphyteuta dem Usufructus weit näher verwandt, als dieser den Prädialservituten. In der neuesten Zeit zwar ist noch wieder ein Versuch gemacht worden, den charakteristischen Unterschied der Emphyteuse von den Servituten überhaupt und dem Usufructus insbesondere dahin zu bestimmen, daß jene das Recht sei, fremdes Eigenthum am Grund und Boden unabhängig vom Eigenthümer und, so weit dieß mit fremdem Eigenthum bestehen könne, vollständig auszuüben, die Servitut aber als ein aus dem Eigenthum ausgeschiedener, einem Anderen als selbständiges eigenes Recht eingeräumter Bestandtheil des Eigenthums sich darstelle. Aber wir nehmen nicht Anstand, diesen Versuch für gänzlich mißlungen zu erklären[28].

Was den Gegenstand der Emphyteuse betrifft, so streitet man darüber, ob dieser ein fruchttragendes, für den Land- oder Gartenbau bestimmtes Grundstück sein müsse, oder auch ein Gebäude (praedium

actio im Edicte ausdrücklich genannt war, und da sie nun gewiß nicht durch ein Gesetz eingeführt ist (L. 1. §. 1. D. h. t.), so müßte man, um den prätorischen Ursprung läugnen zu können, annehmen, sie sei zuvor durch das ius civile im engsten Sinne vollkommen ausgebildet und dann erst in das Edict aufgenommen, was höchst unwahrscheinlich ist. S. auch unten Note 124. Vgl. aber Büchel, über Verpfändung der iura in re aliena, S. 50. Note 2.

[28] Büchel a. a. O. S. 22—55. Der Verfasser sagt S. 44., der Emphyteuta unterscheide sich von dem Servitutberechtigten, namentlich dem Usufructuar insbesondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, sondern vielmehr sein eigenes Recht zur Ausübung bringt, obgleich das Recht eine fremde Sache voraussetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, sondern immer nur ein fremdes Recht ausübt. Ein sonderbares Recht wahrlich, wenn der, dem es zusteht, nirgends dasselbe ausüben kann, statt dessen aber ein fremdes Recht ausübt! Der Verfasser verwahrt sich auch noch, daß man ja nicht die Ausübung des fremden Eigenthums als das Object jenes Rechtes ansehe: „denn die Ausübung ist nur die formale Seite des Eigenthums; . . . vielmehr ist der unmittelbare Gegenstand des Rechtes immer das fremde Eigenthum" (S. 45.), nach S. 51. aber das fremde Grundstück, „weßhalb auch da, wo die Rechtsobjecte aufgeführt werden, die Emphyteuse nicht unter die iura im Sinne der Servituten gestellt werden kann, sondern es muß der ager selbst genannt werden". Gerade umgekehrt sagt Ulpian, unter praedium emphyteuticum sei potius ius praedii zu verstehen (Note 5.), und durch das Vermächtniß des fundus vectigalis sei eigentlich nur id ius, quod in praediis vectigalibus habemus, vermacht (Note 16.). Auf der anderen Seite wird auch, wie das Grundstück, an dem man das emphyteutische Recht hat, mit Beziehung darauf fundus vectigalis oder emphyteuticus heißt, eben so dasjenige, an dem man den Usufructus hat, fructuarius fundus genannt, L. 1. D. si ususfr. pet. 7. 6.; deßgleichen der Servus als Gegenstand des Usufructus oder Usus servus fructuarius oder usuarius. L. 2. D. de peculio. 15. 1. L. 55. D. de pactis. 2. 14. L. 45. §. 3. D. de acquir. hered. 29. 2. u. a. Brisson. v. fructuarius. — Auch was Kierulff, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1. S. 360. über den charakteristischen Unterschied der Servituten von der Superficies und Emphyteusis vorläufig andeutet, läßt wenig Befriedigung von der versprochenen tief eingehenden Erörterung dieser Rechte erwarten.

urbanum) als solches sein könne, obwohl Jeder zugibt, daß sowohl die Etymologie des Wortes Emphyteusis als der Ausdruck ager vectigalis auf wirthschaftliche Grundstücke als ursprünglichen Gegenstand dieses Rechtsverhältnisses hinweise. Die Anhänger der ersten Meinung verkennen nicht, daß das emphyteutische Recht sich auch auf Gebäude erstrecken könne, sofern dieselben zu fruchttragenden Grundstücken gehören, wie z. B. die Gebäude eines Landgutes[29]. Daher steht ihnen nicht durchaus entgegen L. 15. §. 26. 27. D. de damno infecto, wenn man auch die Florentinische Lesart: de vectigalibus aedibus unangefochten läßt. Schwieriger ist es, jene Meinung zu behaupten gegen Nov. 7. cap. 3. und Nov. 120. cap. 1. §. 2, wo offenbar auch praedia urbana oder Häuser, und zwar als Hauptsache und ohne Rücksicht auf etwa damit in Verbindung stehende fruchttragende Grundstücke als mögliche Gegenstände der Emphyteuse genannt werden[30]; denn es ist gewiß eine unzulässige Ausrede, daß man sich auf den Sprachgebrauch der Novellen nicht verlassen könne und hier nur uneigentlich Emphyteuse genannt worden sei, was Superficies genannt werden sollte[31]. Auch wird man zugeben, daß der Emphyteuta ein emphyteutisches Grundstück, z. B. einen Garten- oder Wiesenplatz, nach Umständen wohl zum Bauen verwenden kann, ohne daß dadurch in seinem Rechtsverhältnisse eine Aenderung bewirkt würde[32]. Wenn nun auf solche Weise ein Gebäude einziger Gegenstand der Emphyteuse werden kann, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch ein schon bestehendes Gebäude zu gleichem Rechte sollte hingegeben werden können. Man hat freilich eingewendet, nach dieser Ansicht sei kein charakteristischer Unterschied der Emphyteuse von der Superficies mehr vorhanden. Aber es gelten doch bei der Emphyteuse manche eigenthümliche Bestimmungen, die bei der Superficies nicht eben so vorkommen. Nur dieses aber ist das praktische Interesse unserer Frage, ob auch an praediis urbanis ein Recht mit allen Eigenthümlichkeiten der Emphyteuse eingeräumt werden könne. Gibt man dieses zu, behauptet aber, daß dann das Recht immer Superficies sei und heißen müsse[33], so löset sich die Controverse in unnützem Namenstreit auf.

29 Donell. l. c. cap. 13. §. 11. Puchta, Lehrb. §. 170. 171. Note r. Göschen, Vorles. Bd. 2. S. 293.

30 Buchholz, jurist. Abh. S. 306—309. Vgl. auch L. 1. Cod. de indiction. 10. 17. oder L. 2. Th. Cod. eod. 11. 5. Domus vel sacri patrimonii vel emphyteutici iuris vel hominum privatorum.

31 So Göschen a. a. O. S. 294.

32 Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2. S. 362.

33 Ob dieß die Meinung war, wenn man von der Möglichkeit einer Begründung der Superficies durch den Zeno'schen contractus emphyteuticarius gesprochen hat? Büchel a. a. O. S. 61—68. Aber warum soll nicht auch die Wirkung, die man dem emphyteutischen Contract beilegt, hier erzielt werden

Es sollen nun zunächst die Rechte und Verbindlichkeiten des Emphyteuta bestimmt, dann die Entstehungs- und Endigungsgründe dieses Rechtsverhältnisses angegeben werden.

Der Emphyteuta hat das Recht zu vollständigster Benutzung des emphyteutischen Grundstückes. Er kann daraus allen Vortheil ziehen, welchen dieselbe nur immer dem Eigenthümer selbst mittelbar oder unmittelbar gewähren könnte. Die natürlichen Früchte insbesondere erwirbt er zu Eigenthum sofort durch die Trennung derselben von der Hauptsache[34]. Ob er auch Anspruch auf den in dem Grundstücke gefundenen Schatz habe, sofern er nicht selbst Finder ist, darüber hat man lange gestritten. Wird aber anerkannt, daß der Emphyteuta kein Eigenthum am Grundstücke habe, so fehlt es gänzlich an einem nur scheinbaren Grunde für die bejahende Behauptung, da das Gesetz bestimmt und deutlich nur dem Eigenthümer des Bodens den Anspruch auf einen Theil des von einem Andern in demselben gefundenen Schatzes ertheilt[35]. In Betreff der Art und Weise der Benutzung hat der Emphyteuta freie Disposition, auch wenn sie durch eine Veränderung in der Substanz der Sache bedingt ist. Er ist darin weniger beschränkt wie der Usufructuar. Er darf z. B. unbedenklich eine andere Culturart bei Ländereien einführen; er darf den Grund und Boden zu Gebäudeanlagen benutzen und umgekehrt. Die einzige Schranke für die Dispositionen, welche die Substanz der Sache berühren, ist ihm durch die Rücksicht gezogen, daß er den Gegenstand der Emphyteuse nicht überhaupt verschlechtern und den objectiven Werth desselben nicht verringern darf[36].

Auch über das Recht selbst kann der Emphyteuta verfügen. Er kann dasselbe, wie der Eigenthümer das Eigenthum, auf einen Anderen übertragen, sei es durch ein Veräußerungsgeschäft unter Lebenden[37], sei es durch Vermächtniß[38]. Von selbst geht es auf die Erben desselben über, als ein zu dessen universum ius gehöriges Vermögensobject[39], weßhalb es auch in dem iudicium familiae erciscundae mitbegriffen

können, daß der Berechtigte Besitzer von Grund und Boden und als solcher auch vom Gebäude werde? (S. 58. vgl. mit S. 63.) Freilich könnte das Recht dann nicht mehr passend ius superficiarium heißen.

[34] L. 25. §. 1. D. de usuris. 22. 1.

[35] §. 39. J. de div. rer. 2. 1. L. un. Cod. de thesaur. 10. 15. Cf. L. 7. §. 12. D. soluto matr. 24. 3.

[36] Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6.

[37] §. 3. J. de locat. Cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit. So paraphrasiren die Institutionen das neque his qui in locum eorum successerunt der L. 1. pr. D. h. t. — L. 1. Cod. de fund. patrimon.

[38] L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. (not. 16.) Cf. L. 39. §. 5. D. ibidem.

[39] L. 1. pr. D. h. t. §. 3. J. cit.

wird[40]. Bei Emphyteusen von Kirchen und milden Stiftungen hatte zwar Justinian verordnet, daß nur Vererbung auf Descendenten des ersten und zweiten Grades und nach ausdrücklicher Verabredung auch der Uebergang auf den Ehegatten stattfinden solle, wornach denn auch die Veräußerung an andere Personen, wenigstens über die Lebenszeit der ursprünglich Berechtigten hinaus, nicht zuläßig sein konnte[41]; er hat aber diese Beschränkung selbst wieder aufgehoben[42]. Kann der Emphyteuta sein Recht veräußern, so ist ihm auch Verpfändung desselben möglich, die nur eine eventuelle Veräußerung ist[43]. Consequent ist es ferner, daß er das Recht, das er ganz veräußern darf, auch durch Einräumung anderer dinglicher Rechte bloß beschränken könne. Er kann Servituten an der Sache bestellen. Diese werden freilich als non iure constitutae bezeichnet, die nur tuitione praetoria bestehen; denn eine vollkommene civilrechtliche Servitut kann nur der wahre Eigenthümer, nach älterem römischen Rechte nur der quiritische Eigenthümer, bestellen; aber sie können doch als dingliche Rechte durch utilis confessoria actio geltend gemacht werden[44]. Nach der Natur der Sache können indessen solche vom Emphyteuta eingeräumte dingliche Rechte an der Sache nur als Beschränkungen seines eigenen dinglichen Rechtes, daher nur so weit als dieses sich erstreckt, bestehen. Durch Erlöschung der Emphyteuse müssen sie ebenfalls erlöschen, wie in Beziehung auf das Pfandrecht ausdrücklich bemerkt wird[45]. Nur für den Fall, daß der Eigenthümer als Successor des Emphyteuta das emphyteutische Recht wieder an sich zieht und so dann durch Consolidation die Emphyteuse sich endigt, muß ein Anderes behauptet werden. Als Successor konnte jener das emphyteutische Recht nur mit den darauf haftenden Beschränkungen erwerben, nach dem bekannten Grundsatze: nemo plus iuris in alium transferre potest

[40] L. 10. D. fam. ercisc. 10. 2.

[41] Nov. 7. cap. 3.

[42] Nov. 120. cap. 6. §. 1., ausgenommen für die von der Hauptkirche zu Constantinopel dependirenden Emphyteusen. Nov. cit. cap. 1. 5. — Für alle kirchliche Emphyteusen wird die Fortdauer der Beschränkung noch behauptet von Unterholzner a. a. O. S. 362. Note e, S. 366. Aber er beachtet nicht das Gewicht der Worte in cap. 6. §. 1. cit.: Licentiam damus .. non solum ad tempus emphyteusin facere ... sed et perpetuo etc., vgl. mit cap. 1. pr. ibid. und Nov. 7. l. c.

[43] L. 16 §. 2. D. de pignerat. act. 13. 7. Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Cf. L. 13. §. 3. D. de pignor. 20. 1. Sehr unnützer Streit ist darüber geführt worden, ob hier das ius emphyteuticum oder der fundus emphyteuticus Gegenstand der Verpfändung sei. Kann doch, wer das letzte vertheidigt, selbst nicht um hineinzuräumen, durch die Verpfändung des fundus als fundus vectigalis sei hinreichend ausgesprochen, daß nur id ius quod in vectigalibus fundis habemus verpfändet sei (Büchel a. a. O. S. 124.), so wie fructuarius servus pignori datus nichts anders bezeichnen würde als ususfructus, quem in servo habemus, pignori datus.

[44] L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4. Cf. L. 1. §. 9. D. de superficieb. 43. 18.

[45] L. 31. D. de pignor. 20. 1. Hier entscheidet derselbe Gesichtspunkt, der in L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

quam ipse habet. Es müssen also hier die vom Emphyteuta giltig eingeräumten Rechte einstweilen noch bestehen bleiben, so lange nicht ein anderer Grund eintritt, durch welchen auch ohne jene Succession des Eigenthümers in das Recht des Emphyteuta die Emphyteuse geendigt sein würde, und es wird so lange namentlich das Pfandrecht noch in der Art ausgeübt werden können, daß die Emphyteuse, sowie sie dem Verpfänder zustand, als wiederum zu constituirendes Recht zum Verkaufe gebracht wird.

Weil übrigens das Recht selbst veräußerlich ist, so kann auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eine Uebertragung desselben auf einen Anderen statthaben in denjenigen Fällen, in welchen diese bei anderen veräußerlichen Vermögensobjecten eintritt. So z. B. kann die Emphyteuse auch als Executionsobject in Anspruch genommen und im Concurse der Gläubiger zum Verkauf gebracht werden, wie auch gesetzliche Pfandrechte sich auf sie erstrecken. So auch kann dem Emphyteuta wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto durch secundum decretum sein Recht entzogen und dem bedrohten Nachbar zugewendet werden[46]. Eben so kann auch in Folge des iudicium familiae erciscundae oder communi dividundo, wenn Mehreren gemeinschaftlich die Emphyteuse zusteht, eine unfreiwillige Entäußerung für den Einen oder Anderen eintreten; und zwar wird hier aus Rücksicht auf die dem Rechte entsprechenden Verbindlichkeiten eine reelle Theilung des emphyteutischen Grundstückes (regionibus divisis) ohne Zustimmung des Eigenthümers für unstatthaft erklärt; es kann nur das Ganze ungetheilt Einem adjudicirt werden, wenn nicht die Veräußerung an einen dritten Meistbietenden vorgezogen wird[47].

Zum Schutz seines Rechtes an der Sache hat der Emphyteuta eine in rem actio[48], analog der rei vindicatio, utilis rei petitio, auch vectigalis actio genannt[49]; nicht nur gegen dritte Besitzer der Sache, sondern auch gegen den Eigenthümer selbst, gegen welchen freilich auch persönliche Klagen aus dem Entstehungsgrunde der Emphyteuse stattfinden können[50]. So wie ihm aber wegen Verletzungen, die dem Eigenthümer zur Anstellung der rei vindicatio Anlaß geben, eine utilis rei petitio

[46] L. 15. §. 26. D. de damno infecto. 39. 2. Der Bedrohte braucht sich übrigens dabei nicht zu beruhigen, sondern kann auch den Eigenthümer zur cautio damni infecti auffordern, und wenn dieser dem Verlangen nicht entspricht, gegen ihn selbst das Eigenthum der Sache erlangen. L. 15. §. 27. l. c.

[47] L. 7. pr. D. communi div. 10. 3. Cf. L. 10. D. fam. ercisc. 10. 2. — L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. Unrichtig ist es, wie Thibaut, System §. 777 a. E., zu sagen, die actio communi dividundo könne unter Mehreren, denen ungetheilt eine Emphyteuse zugefallen, nicht angestellt werden. L. 7. pr. spricht gerade das Gegentheil aus; nur eine reelle Theilung soll nicht dadurch erzielt werden.

[48] L. 1. §. 1. D. h. t.

[49] L. 15. §. 26. cit. Cf. L. 66. pr. D. de eviction. 21. 2.

[50] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. Vgl. unten Note 102 flg.

zusteht, so muß ihm auch gegen partiale Verletzungen utilis negatoria actio zugestanden werden, und nicht minder zur Geltendmachung der dem emphyteutischen Grundstücke zustehenden Servituten, die utiliter auch der Emphyteuta erwerben kann, utilis confessoria actio oder servitutis petitio[51], und auch diese Klagen nicht bloß gegen Dritte, an der Stelle des Eigenthümers, sondern auch gegen diesen selbst; denn die Servitut ist nur eine rechtliche Qualität des Grundstückes, eine künstliche Erweiterung des Eigenthumsrechtes an demselben, dessen ungehinderte vollständige Benutzung dem Emphyteuta durch dingliche Klage selbständig geschützt sein soll[52]. Ist auch der Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes zugleich Eigenthümer desjenigen geworden, gegen welches jenem eine Servitut zusteht, oder umgekehrt, so kann man doch nicht sagen, daß diese, so weit sie dem Emphyteuta zu statten kommt, durch confusio erloschen sei; sie besteht nun als Erweiterung des emphyteutischen Rechtes noch fort, obwohl sie in Beziehung auf den Eigenthümer als ius in re aliena nicht mehr existirt, wie ja unzweifelhaft der Eigenthümer auch dem Emphyteuta eine Servitut an einem anderen Grundstücke erst einräumen kann. Auch die Publiciana actio findet analoge Anwendung auf die Emphyteuse, in ähnlicher Weise wie auf den Usus-fructus, falls nämlich Jemand bona fide in den Besitz des emphyteutischen Rechtes gekommen ist durch Einräumung von Seiten eines Solchen, dessen Befugniß dazu nachzuweisen er nicht im Stande ist[53].

Insofern der Emphyteuta schon in Besitz gekommen, genießt er ferner auch des Schutzes durch die possessorischen Rechtsmittel, interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Obwohl dieses nicht ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen ist, kann es doch mit Sicherheit behauptet werden. In der factischen Ausübung des emphyteutischen Rechtes ist nämlich jedenfalls eine iuris quasi possessio enthalten, und es wäre absurd, dem Besitze dieses so umfassenden Rechtes nicht wenigstens in demselben Maße Schutz angedeihen zu lassen, wie er der ususfructus quasi possessio gewährt ist[54].

Nach der herrschenden Meinung wird aber dem Emphyteuta nicht bloß iuris quasi possessio, sondern juristischer Besitz der Sache selbst, die den Gegenstand der Emphyteuse bildet, d. i. corporis possessio,

[51] L. 16. D. de servitut. 8. 1.

[52] L. 86. D. de V. S. L. 5. §. 9. D. de op. novi nunc. 39. 1. — L. 16. cit. sagt: petitionem servitutis dari sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Die letzte aber findet sowohl gegen den Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes, wie gegen jeden Dritten, statt.

[53] L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. Cf. L. 11. §. 1. ibid.

[54] L. 3. §. 13—17. L 9. §. 1. D. de vi. 43. 16. L 4. D. uti possid. 43. 17.

beigelegt[55]. Dann versteht sich nicht nur von selbst, daß er die possessorischen Interdicte habe, sondern er hat sie dann, wie der Pfandgläubiger, allein, mit Ausschließung des Eigenthümers. Man muß dann aber auch in Ansehung der Usucapion dasselbe gelten lassen, was beim Faustpfand anerkannt ist, nämlich: ad usucapionem eum, qui in emphyteusin dedit, possidere, ad reliquas omnes causas emphyteutam[56]; damit nicht, zum Schaden auch des Emphyteuta, die angefangene Usucapion durch die Uebergabe an diesen unterbrochen werde. Indessen sind die Gründe, welche man für die ausschließende corporis possessio des Erbpachters anführt, nicht überzeugend. Am wenigsten kann man sich auf L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. berufen. Die possessores rerum immobilium, welche von der Satisdatio befreit sein sollen, sind gar nicht die juristischen Besitzer von Grundstücken als solche, sondern die Eigenthümer[57]. Wie nun in L. 15. §. 1. cit. unter demjenigen, qui rem soli possidet, der wirkliche Eigenthümer des Grundstückes verstanden wird, so ist unter dem, qui fundum vectigalem i. e. emphyteuticum possidet, nur ein wirklicher Emphyteuta zu verstehen, d. i. derjenige, welcher ein Grundstück als emphyteutisches oder, was dasselbe ist, das emphyteutische Recht an einem Grundstücke, eine Besitzung zu emphyteutischem Rechte, wirklich im Vermögen hat; und wenn von diesem gesagt wird: possessor intelligitur, so heißt dieß nichts anderes als: er wird rücksichtlich der Satisdatio dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gleichgeachtet, weil die Natur dieses Rechtsverhältnisses in der That fast eben so gute dauernde Sicherheit darbietet, wie das Eigenthum[58]. Auf den wirklichen Besitz kommt es dabei gar nicht einmal an, wenn das Recht gewiß ist; und der in dotem gegebene fundus emphyteuticus wird sogar zugleich für den Mann und die Frau als possessio in diesem Sinne gelten[59]. Auch L. 25. §. 1. D. de usuris ist nicht beweisend.

[55] Savigny, Recht des Besitzes (6. Ausg.), S. 124. 222. 319. 320. 336. 608. Man hat sogar Savigny angefochten, weil er hier keinen wahren animus domini und nur einen abgeleiteten Besitz anerkennen will. Schröter, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2. S. 237 flg. Vgl. dagegen Savigny, S. 145 flg. Ja man hat sich nicht gescheut zu behaupten, von einer iuris quasi possessio des Emphyteuta könne schon nach der Natur seines Rechtes gar nicht die Rede sein (Büchel a. a. O. S. 46.); während doch nur darüber die Frage sein kann, ob nicht der Emphyteuta sogar corporis possessio habe. Savigny, S. 608. Vgl. auch Kierulff, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1. S. 363. Anm. — Dagegen räumt Thibaut dem Emphyteuta nicht corporis possessio ein; System §. 208. Vgl. auch Du Roi, im Archiv, Bd. 6. S. 395. Bartels, in der Zeitschr. für Civilrecht u. Prozeß, Bd. 6. S. 201.

[56] L. 16. D. de usucap. 41. 3. L. 1. §. 15. D. de poss. 41. 2. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2. S. 249. Vangerow, Pand. Bd. 1. S. 280.

[57] Savigny a. a. O. S. 106. 107.

[58] Dieß Letzte erkennt auch Kierulff a. a. O. S. 361. ausdrücklich an; aber er hält das vorhergehende agrum possidet für entscheidend; dieß aber unterstützt die gewöhnliche Meinung eben so wenig, wie jenes.

[59] L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. Cf. §. 4. ibid. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habes. Savigny, S. 192. Note 3.

Sollte es sich auch strenge erweisen lassen, daß der bonae fidei possessor nur deßhalb, weil er sich im juristischen Besitz der Hauptsache befindet, an den separirten Früchten sofort ebenfalls bonae fidei possessio, kein Eigenthum, erwerbe[60], so müssen wir es doch entschieden für ungegründet halten, daß der Fruchterwerb des Emphyteuta nur aus dem Gesichtspunkte einer Tradition von Seiten des Eigenthümers abzuleiten sei, und können daher auch den Rückschluß von diesem Eigenthumserwerb auf den juristischen Besitz der Sache nicht gelten lassen. L. 25. §. 1. cit. sagt unbedingt: eius qui vectigalem fundum habet (d. h. wer das Recht der Emphyteuse hat) fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. Es ist willkürlich, dabei vorauszusetzen, daß er sich im Besitze befinde. Auch wenn z. B. ein Anderer mala fide im Besitze ist, erwirbt der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte sofort durch deren Trennung, und kann sie für sich allein als selbständige Sachen vindiciren[61]. Eben so, wenn etwa, während sich der Emphyteuta im Besitz befindet, ein Dritter unberechtigt die Früchte separirt und sofort in Besitz genommen hat[62]. Legt man die Idee einer Tradition zum Grunde, so müßte man in diesen Fällen den Eigenthumserwerb des Emphyteuta läugnen, weil er in keinem Momente die Früchte als selbständige Sachen besessen hat, also eine Tradition nicht vollendet sein kann. Diese Idee ist aber auch deßhalb hier nicht anwendbar, weil die Tradition voraussetzt, daß man volente domino den Besitz erwerbe, und zwar so, daß dieser Wille, den Besitz zu übertragen, auch noch im Zeitpunkte der Besitzerwerbung vorhanden sein muß, wenn gleich er schon früher erklärt sein mag[63]. Der Emphyteuta aber, so wie er die Sache selbst gegen den Widerspruch des Eigenthümers in rem actione behaupten kann, so muß er auch das Eigenthum der separirten Früchte trotz demselben geltend machen können; ja man muß ihm, wenn auch der Eigenthümer selbst die Separation vorgenommen und den Besitz der Früchte sich angemaßt hat, die Vindication derselben zugestehen. Er hat ein dingliches vom Eigenthümer unabhängiges Recht, welches den Fruchterwerb des letzten ausschließt; er hat als Emphyteuta, nicht als Besitzer, das Recht quasi dominus rei die Früchte zu erwerben; in percipiendis fructibus id iuris habet,

[60] Savigny a. a. O. §. 22 a, besonders S. 316. Note 1. Einstweilen müssen wir uns noch zu der Ansicht bekennen, nach welcher der bonae fidei possessor an den separirten Früchten sofort wahres Eigenthum erwirbt, und zwar auch dann, wenn ein anderer Unberechtigter, z. B. ein Dieb, die Separation vorgenommen hat, in welchem Falle doch jener an den Früchten als selbständigen Sachen in keinem Moment Besitz gehabt hat.

[61] L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7.

[62] Cf. L. 12. §. 5. D. de usufr. 7. 1.

[63] L. 5. 33. D. de poss. 41. 2.

quod dominis praediorum tributum est; und daher erwirbt er das Eigenthum derselben, wie sonst der Eigenthümer, auch wenn er nicht im Besitze ist. Weit schwächer noch als das Argument aus L. 25. cit. ist ein anderes, welches man aus dem Umstande, daß dem Emphyteuta utilis confessoria actio in Betreff der Servituten zusteht, gezogen hat, „weil die servitutes praediorum an dem corpus praedii selbst kleben", und so „doch wohl auch derjenige, welcher eine solche Servitut in Anspruch nehmen oder in Abrede stellen will, Besitzer des corpus sein müsse"[64]. Diese Klagen sind als analog der utilis rei petitio vollkommen gerechtfertigt. Die corporis possessio aber hat damit nichts zu schaffen; denn Niemand wird bezweifeln, daß der Emphyteuta sowohl confessoria als negatoria actio anstellen, beziehungsweise damit belangt werden könne, wenn er sich auch nicht im Besitze des emphyteutischen Grundstückes befindet, wie er die utilis rei petitio sogar nur dann anstellen kann, wenn er nicht im Besitze ist. Was endlich die systematische und praktische Bedeutung unserer Frage betrifft, so ist vorerst bemerklich zu machen, daß der gewichtigste Vertheidiger der corporis possessio des Emphyteuta dieselbe durch die innere Natur seines Rechtes keineswegs erklärt findet, sondern sie vielmehr geradezu eine Inconsequenz nennt und nur einen historischen Erklärungsgrund dafür anführt[65]. Die praktische Bedeutung der Frage beschränkt sich, wenn man das in Betreff der Ersitzung oben Bemerkte annimmt, nur darauf, daß nach der einen Ansicht auch der Eigenthümer possessorischen Schutzes genießt, nach der anderen nicht. Nun wird dieser freilich selten in den Fall kommen, von den Interdicten Gebrauch zu machen, wenn der Emphyteuta besitzt, weil er dann in der Regel mittelbar durch diesen geschützt sein wird, und von selbst sich versteht, daß er gegen diesen zurückstehen muß, wenn derselbe eben nur den emphyteutischen Besitz behaupten will[66]. Dennoch aber scheint es dem praktischen Bedürfniß nicht vollkommen entsprechend, den possessorischen Schutz dem Erbpachtherrn ganz zu versagen. Es kann ja, während die Emphyteuse selbst anerkannt ist, über das Eigenthum Streit herrschen, und hier kann es wichtig sein, mittelst des interdictum uti possidetis zu entscheiden, wem in diesem Proceß die Rolle des Beklagten zukomme, so wie man auch die Möglichkeit eines Possessorium über das sogenannte dominium directum, z. B. des Lehnsherrn, nicht in Abrede stellen wird. Man setze ferner den Fall der

64 Büchel a. a. O. S. 46. Vangerow, §. 200. S. 277.
65 Savigny, S. 144. 222. 336.
66 Arg. L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17.

Dejection des Emphyteuta durch einen Dritten, der sich nun den vollen Eigenthumsbesitz der Sache anmaßt. Soll nun hier der Eigenthümer nicht das interdictum de vi haben, unabhängig vom Emphyteuta, der vielleicht die Sache auf sich beruhen läßt, der vielleicht auch kein Interesse mehr an der Sache hat, weil eben zu der Zeit aus irgend einem Grunde die Emphyteuse ihr Ende erreicht hat? Soll jenem hier nur die Vindication, mit der Nothwendigkeit sein Eigenthum zu beweisen, übrig bleiben? Ist der Emphyteuta nicht Repräsentant des Herrn in Betreff der corporis possessio, also durch die Dejection des ersten nicht auch der letzte für dejicirt zu achten, so steht diesem kein Interdict zu, oder man müßte denn zu einer fingirten Cession seine Zuflucht nehmen. Ueberhaupt aber ist einleuchtend, von welcher Wichtigkeit es nach Umständen sein könne, ob man die Grundsätze, welche von dem Verlust des Besitzes an und durch den Repräsentanten gelten, auch auf das Verhältniß des Erbverpachters zum Erbpachter anwenden könne oder nicht[67], und dieß hängt davon ab, ob man den letzten in Ansehung des juristischen Besitzes der Sache selbst nur als Repräsentanten des ersten ansieht, oder ihm allein die ausschließliche corporis possessio beilegt. Wir halten das Erste für richtig.

Außer den possessorischen Interdicten wird auch noch das interdictum de loco publico fruendo auf die Emphyteuse angewendet[68]. Dasselbe setzt aber einerseits nur die conductio voraus, und ist andererseits nach dem in L. 1. §. 1. D. h. t. angegebenen Motiv auf Privatemphyteusen nicht anzuwenden.

Endlich stehen dem Emphyteuta auch andere Klagen zu Gebote, welche die Verhütung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des seiner Benutzung unterworfenen Grundstückes bezwecken[69].

Es sind jetzt die Befugnisse des Emphyteuta bestimmt worden. Diesen entsprechen folgende Verbindlichkeiten desselben. Die Sache selbst muß er in gehörigem Stande erhalten, und haftet wegen der durch seine Schuld herbeigeführten Verschlechterung derselben, wobei aber der Zustand des emphyteutischen Gutes im Ganzen ins Auge zu fassen ist, indem die Verschlechterung in einzelnen Theilen durch anderweitige Verbesserung aufgewogen werden kann[70]. Auch alle auf der Sache haftenden öffent-

[67] Savigny, §. 33. S. 429—444.

[68] Tit. Dig. 43. 9. Cf. L. 1. §. 7. D. ut in flum. publ. 43. 10. L. 13. §. 7. D. de injuriis. 47. 10. Savigny, S. 608. Note 1. Puchta, Lehrb. §. 174.

[69] L. 23. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. L. 5. §. 3. D. arbor. furt. caes. 47. 7. und arg. L. 3. §. 3. D. de op. novi nunc. 39. 1. L. 13. §. 8. D. de damno infecto. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod. vi. 43. 24.

[70] Nov. 7. cap. 3. §. 2. Thibaut, Versuche, Bd. 2. S. 15. Nr. 2.

lichen Lasten und Abgaben muß der Emphyteuta tragen[71]. Dann ist eine Hauptverbindlichkeit desselben, daß er den festgesetzten Zins (pensio, reditus, canon, vectigal) zu gehöriger Zeit unaufgefordert an den Eigenthümer entrichte[72]. Diese Abgabe ist häufig sehr gering, nicht im Verhältniß zu der Ertragsfähigkeit des emphyteutischen Grundstückes. Ganz ohne Grund aber haben dieß früher Manche als ein wesentliches oder regelmäßiges Merkmal des emphyteutischen Rechtsverhältnisses angesehen, daher in der Festsetzung einer größeren Abgabe einen Beweis gegen die emphyteutische Natur einer Pachtung finden wollen[73]. Man hegte die Ansicht, der Canon werde überall nur in recognitionem dominii gegeben, nicht als Gegenleistung für die überlassene Nutzung. Die Gesetze enthalten nirgends eine allgemeine Bestimmung über die Größe des Canon oder dessen Verhältniß zur Nutzbarkeit der Sache, überlassen also der besonderen Uebereinkunft die Festsetzung desselben, so wie auch, ob er in Geld oder Früchten, und im letzten Falle ob in einer ein für allemal bestimmten Quantität oder in einer Quote des jährlichen Fruchtertrages bestehen solle[74]. Der Canon ist dann auch eben so gut, wie ein anderer Pachtzins als wahre Gegenleistung für den Genuß der Sache anzusehen. Aber abweichend von einem gewöhnlichen Pachtverhältniß, kann selbst wegen zufälligen theilweisen Unterganges des Grundstückes nicht eine Minderung der Abgabe begehrt werden, so wenig wie von der anderen Seite wegen etwa eingetretenen Zuwachses eine Erhöhung[75]. Dennoch ist streitig, ob nicht wegen Mißwachses und anderer ungewöhnlicher den Ertrag schmälernder Unglücksfälle Nachlaß vom Canon, wie bei einer gewöhnlichen Pachtung gefordert werden könne. Während es hier unbedingt bejaht wird[76], Andere es unbedingt verneinen[77], nimmt eine dritte Meinung an, es sei zwar ein solcher Anspruch regelmäßig nicht, aber doch dann wohl gegründet, wenn die Größe des Canon entsprechend der Ertragsfähigkeit des Grundstückes bestimmt sei[78]. Gewiß aber ist die zweite Meinung die richtige. Das ohnehin unsichere Argument für die erste, aus L. 15. §. 4. D. locati

[71] L. 2. Cod. h. t. Cf. tit. Cod. de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticariorum 11. 64.

[72] L. 1. pr. L. 2. D. h. t. §. 3. J. de locat. L. 2. Cod. cit. L. 1. Cod. de adm. rerumpubl.

[73] Noch vor nicht langer Zeit hatte Vf. dieses Artikels als Referent über einen Rechtsfall diese Meinung zu widerlegen.

[74] Vgl. auch Buri, S. 182.

[75] L. 1. Cod. h. t. Cf. L. 2. Cod. de vend. reb. civit. 11. 31. L. 3. Cod. de alluvion. 7. 41.

[76] Mühlenbruch, doctr. pand. §. 295, not. 5.

[77] Z. B. Buri, S. 182. Glück, S. 417 flg. Thibaut, §. 778. Note k.

[78] Voet ad Dig. h. t. nr. 19. et ibi cit.

entnommen[79], kann gegen den gesetzlichen Ausspruch der L. 1. Cod. h. t. nicht Stand halten; denn die Bestimmung dieses Gesetzes ist selbst den Worten nach auch auf Unglücksfälle der fraglichen Art zu beziehen[80], und sollte die bis dahin schwankende Frage, ob hier die Grundsätze der regelmäßigen locatio conductio anzuwenden seien, entscheiden[81], so daß hiernach der L. 15. §. 4. cit., wenn sie überhaupt hierher gehört, nur noch eine historische Bedeutung beigelegt werden kann. Es wäre wahrlich auch ein sonderbares Recht, wornach der für alle Zeit fortwirkende Untergang selbst des größeren Theiles der Sache weniger wirken sollte, als die Unfruchtbarkeit eines einzelnen Jahres. Die dritte vermittelnde Meinung geht von der falschen Vorstellung aus, als gehöre es eigentlich zum Wesen der Emphyteuse, daß der Canon geringe sei, und müsse daher die Regel der Pachtung zur Anwendung kommen, wenn dieß nicht der Fall ist. Wie bei der gewöhnlichen Pachtung durch besondere Verabredung die Regel ausgeschlossen werden kann, so ist sie bei der Emphyteuse nach L. 1. cit. allgemein ausgeschlossen, wenn sie nicht umgekehrt durch besondere Verabredung eingeführt wird. Natürlich aber tritt eine Verminderung des Canon ein, wenn er in einer Quote der jährlichen Früchte besteht, oder etwa nach Morgenzahl bestimmt ist, und nun der Fruchtertrag sich vermindert oder das Grundstück verkleinert wird. Auch das ist noch gefragt worden, ob nicht wenigstens für die Zeit der Canon zu erlassen sei, während welcher der Emphyteuta durch äußere Gewalt aus dem Besitze des emphyteutischen Grundstückes gänzlich verdrängt worden, z. B. durch Ueberschwemmung, Kriegsereignisse u. dgl.[82], oder ob auch hier derselbe nachgezahlt werden müsse, wenn die Sache nicht wirklich ganz verloren werde? Die strengere Meinung ist auch hier die consequentere[83].

[79] Die Stelle spricht zunächst nicht von dem Rechte, die Remission zu fordern, sondern erklärt nur, daß die bewilligte Remission nicht für definitiven Erlaß zu halten sei. Auch können die Worte: hoc idem in vectigalis damno (nach der Vulg. vectigali; nur Hal. hat in vectigalis agri damno) füglich auf Pachtung von Gefällen bezogen werden. Voet. l. c. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2. S. 369, Note. Die Basiliken übersetzen zwar καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικόν; aber die Scholien beziehen die Stelle auch auf Zollpachtungen, halten also diese Erklärung eben so wohl für möglich, wie die der Basiliken, während doch Papinian bei den angeführten Worten sicher nur das eine oder das andere sich gedacht hat. Büchel a. a. O. S. 38. Note. Vuy l. c. p. 186. 187.

[80] Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. Hier bezeichnet particulare damnum den theilweisen Untergang der Sache selbst; vel aliud leve damnum ist jede andere die Sache betreffende Fatalität, z. B. Unwetter, Ueberschwemmung, Kriegsverwüstung, Wildschaden u. dergl.

[81] Es sollte nun nicht mehr nöthig sein, dieselben ausdrücklich auszuschließen, was bis dahin wahrscheinlich gewöhnlich gewesen: Si interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta.

[82] Donell. cap. 14. §. 23. Voet l. c. nr. 21. 22. Buri, S. 182. 183.

[83] Leoninus ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7. Thibaut, Versuche, Bd. 2. S. 15. Nr. 3.

Besondere Verpflichtung hat der Emphyteuta gegen den Eigenthümer in Beziehung auf vorzunehmende Veräußerungen seines Rechtes. Will er dasselbe verkaufen, so muß er davon dem Eigenthümer Anzeige machen, mit Angabe des Preises, welchen er von einem Anderen erhalten kann. Alsdann muß er zwei Monate abwarten, ob nicht der Herr selbst unter denselben Bedingungen die Emphyteuse an sich kaufen wolle. Macht dieser innerhalb dieser Frist von dem ihm zustehenden Vorkaufsrechte keinen Gebrauch, so darf definitiv an einen Andern verkauft werden[84]. Durch den bloßen Abschluß eines eventuell beide Contrahenten bindenden Kaufcontractes ohne vorhergegangene Anzeige an den Eigenthümer verstößt der Emphyteuta noch nicht gegen diese Vorschrift, wo nur ausdrücklich oder stillschweigend die Bedingung vorbehalten ist, daß sie noch nachträglich beobachtet werde. Jenes wird sogar regelmäßig das Zweckmäßigste sein, um mit Sicherheit dem Eigenthümer den Verkaufpreis bestimmen zu können[85]. Consequent ist es übrigens, diese Bestimmung auch dann anzuwenden, wenn die Emphyteuse vermöge Pfandrechtes oder im Concurse der Gläubiger verkauft werden soll; denn dieser Verkauf wird, wenn auch gegen den Willen, doch im Namen und kraft des Veräußerungsrechtes des Emphyteuta vollzogen, und müssen also dabei auch die für dieses geltenden Beschränkungen eintreten[86]. Bei anderen Arten der Veräußerung aber, z. B. durch Tausch, Schenkung u. dgl., kann davon nicht die Rede sein. Indessen muß bei jeder Veräußerung oder Uebertragung der Emphyteuse ex singulari causa, also auch beim Vermächtniß derselben, der Eigenthümer um Ertheilung seiner Zustimmung und Anerkennung des neuen Emphyteuta ersucht werden. Diese kann er freilich nicht willkürlich versagen. Nur wenn sich gegründete Einwendungen gegen die Person machen lassen, worüber nöthigenfalls richterliche Cognition stattfindet, ist er dazu befugt[87]. Sonst muß er sie innerhalb der Zeit von zwei Monaten nach empfangenem Gesuche, und zwar durch eine von ihm selbst vollzogene schriftliche Urkunde (einen neuen Erbpachtbrief) oder durch Erklärung zu Protocoll oder vor einem Notar ertheilen[88]. Dafür ist er dann berechtigt, eine Abgabe zu fordern, jetzt

[84] L. 3. Cod. h. t.

[85] Buri, S. 174 flg., der jedoch zu weit geht, wenn er behauptet, die attestatio, welche dem Herrn zuzustellen sei, müsse ein Zeugniß über den geschlossenen Contract sein.

[86] Donell. l. c. cap. 20. a. E. Glück, S. 513. Note 64.

[87] Si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas (oder quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem) et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere etc.

[88] Ipsos dominos per se (d. h. in eigener Person, und zwar:) vel per litteras suas, vel... per depositionem in hac quidem civitate apud.. magistrum censuum vel praesentibus tabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.

gewöhnlich Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt, welche nach gesetzlicher Bestimmung zwei Procente (quinquagesima pars) des Kaufpreises oder, wo die Veräußerung kein Verkauf ist, des Schätzungswerthes beträgt und der Regel nach von dem neuen Emphyteuta gezahlt werden muß[89]. Hat der Eigenthümer in besagter Zeit sich nicht bereitwillig finden lassen, den neuen Emphyteuta anzunehmen, so kann alsdann der Veräußernde, ohne weiter Rücksicht auf jenen zu nehmen, die Uebertragung des emphyteutischen Grundstückes vollziehen, und es kann dann auch die Zahlung des Laudemium nicht verlangt werden[90]. Der

[89] Daß diese Praxis dem Sinne der L. 3. Cod. cit. nicht entspreche, wird von Manchen behauptet, z. B. Buri, S. 191. 192; Thibaut, §. 778; Vuy, p. 192. Aber ist es wohl z. B. bei einer Schenkung, und vollends bei dem Vermächtniß durchzuführen, daß der bisherige Emphyteuta auch noch die Quinquagesima entrichte?

[90] Dieß ist im Zusammenhang der Inhalt der L. 3. Cod. cit., nach folgender Zergliederung: 1) Allgemeiner Ausspruch: Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre. 2) Nähere Bestimmung für den Verkauf: a) attestationem domino transmittere et praedicere quantum pretium etc.; b) et si quidem dominus hoc dare voluerit... ipsum comparare; c) si autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini.. vendere. Es ist nun das Vorkaufrecht des Herrn ausgeschlossen; an wen verkauft werde, braucht bis dahin derselbe noch nicht nothwendig erfahren zu haben. Dann aber folgt 3) die allgemeine Bestimmung über die Anerkennung des neuen Emphyteuta: Necessitatem habere dominos.. novum emphyteutam in possessionem suscipere, und zwar bezieht sich diese sowohl auf den Fall des nach Nr. 2 giltigen Verkaufes (si melioratio secundum praefatum modum vendita sit), als auf jede andere Veräußerung der Emphyteuse (vel si ius emphyteuticum ... transponere emphyteuta maluerit). Dabei wird die Form der Anerkennung und das für diese (pro subscriptione vel depositione) zu Zahlende festgesetzt. Endlich: sin autem novum emphyteutam vel emtorem meliorationis suscipere dominus minime maluerit et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit, licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre. Beim Verkaufe muß also noch einmal zwei Monate gewartet werden, nachdem die Anzeige von dem wirklichen Abschluß des Kaufcontractes gemacht und die Annahme des neuen Emphyteuta nachgesucht worden ist; die erste Frist von zwei Monaten war dem Eigenthümer lediglich für die Ausübung des Vorkaufrechtes gewährt. Bei anderen Veräußerungen ist nur die Vorschrift unter Nr. 3 zu beobachten, und nur, insofern diese es erheischt, die Zustimmung des Herrn nachzusuchen, also nicht zum Abschluß des Veräußerungsgeschäftes, sondern nur zur Vollziehung desselben und zum wirklichen Eintritt des neuen Emphyteuta. — Im Wesentlichen übereinstimmend hiermit ist Donellus l. c. cap. 14 § 8—20. Mehr oder weniger abweichende Erklärungen siehe bei Buri, S. 172, 207; Glück, S. 441 flg.; Göschen, Vorles. Bd. 2, H. 1, S. 296—298; Thibaut, System, §. 778; Vuy, l. c. p. 171—184, 189—195; Muehler, de iure emphyteutico transferendo (Berol. 1835) p. 52 sq. Der Letzte namentlich vertheidigt die Ansicht, daß das Gesetz gar nicht den Emphyteuta verpflichte, im Falle der Singularsuccession in die Emphyteuse die Anerkennung des Eigenthümers nachzusuchen, sondern nur diesem die Nothwendigkeit auflege, den neuen Emphyteuta auf Ersuchen aufzunehmen, und eben dadurch den bisherigen aus dem obligatorischen Nexus zu entlassen. So lange diese Aufnahme nicht nachgesucht sei, bleibe das obligatorische Verhältniß zum bisherigen Emphyteuta unversehrt, obwohl das dingliche Recht dem neuen erworben sei. Nach Ablauf der zwei Monate aber werde die Aufnahme für geschehen angenommen (p. 57, 60, 61, l. c. Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 366, 367). Allein am Schlusse der L. 3. cit. wird der Verlust des Rechtes angedroht, sin aliter fuerit versatus (emphyteuta) quam nostra constitutio disponit. Unmittelbar vorher aber geht die Bestimmung, daß erst dann der Emphyteuta auf einen Anderen sein Recht ohne Zustimmung des Eigenthümers übertragen könne, wenn dieser zwei Monate die Annahme des neuen Emphyteuta verzögert habe. Auch darauf nun ist doch unverkennbar jene Drohung zu beziehen, wenn gegen diese Vorschrift gefehlt wird. Also soll der Eigenthümer erst um die Annahme ersucht werden, bei Strafe der Caducität. — Andererseits ist auch entschieden verwerflich die Meinung Einiger, welche dem

Zweck dieser Anordnungen scheint dieser zu sein, daß dem Eigenthümer nicht ohne sein Wissen ein fremder Emphyteuta aufgedrängt werden soll, gegen dessen Person er vielleicht Einwendungen zu machen hätte, und daß nun auch zugleich ein persönliches Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Emphyteuta förmlich anerkannt werde[91]. Die Frage, wie es in Betreff des Laudemium zu halten sei, wenn das Veräußerungsgeschäft wieder rückgängig gemacht wird, z. B. der Verkauf vermöge einer Resolutivbedingung oder wegen laesio enormis aufgelöst wird, ist wohl dahin zu beantworten, daß durch vollständige Vernichtung oder Rescission der Veräußerung auch jene Nebenwirkung rückgängig gemacht werde und das Gezahlte als sine causa datum condicirt werden könne; nicht aber kann das Gleiche gelten, wenn nur durch einen neuen Vertrag die veräußerte Emphyteuse auf den früheren Emphyteuta zurückübertragen wird, wie z. B. vermöge eines pactum de retrovendendo; in welchem Falle vielmehr jedesmal das Laudemium zu entrichten ist[92].

Bei einer Veränderung des Emphyteuta durch Vererbung treten die angegebenen Verbindlichkeiten überall nicht ein, da diese nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt, sondern der Erbe als eine Person mit dem Erblasser anzusehen ist, und daher auch von selbst in dessen Verbindlichkeiten, wie in dessen Rechte eintritt. Wenn dennoch Manche in Beziehung auf testamentarisch ernannte fremde Erben und wohl auch in Beziehung auf Intestaterben außer den Descendenten eine Verpflichtung zur Zahlung der Quinquagesima behauptet haben, so haben dabei ohne Zweifel Vorstellungen von lehnrechtlichen Verhältnissen mitgewirkt, die dem römischen Rechte ganz fremd sind[93]. Und vollends kann nur durch mißverständliche Einmischung eigenthümlich deutschrechtlicher Grundsätze die Frage hervorgerufen sein, ob auch im Falle eines Wechsels in der Person des dominus emphyteuseos das Laudemium gezahlt werden müsse[94]. Gewiß richtig dagegen ist die Behauptung, daß diese Verpflichtung eintrete, wenn der Emphyteuta schon bei seinen Lebzeiten die

Eigenthümer auch in anderen Fällen als beim Verkaufe eine Art von ius protimiseos beilegen wollten. Leonin. ad L. 3. cit. Vgl. Buri, S. 177.

[91] Muehler, l. c. p. 57. Unterholzner, S. 363, 364, 366, 367.

[92] Thibaut, §. 778, Note b. c. Doch sind auch darüber die Meinungen verschieden; vgl. namentlich Buri, S. 201 flg.; Glück, S. 499 flg. Auch Unterholzner (S. 367) spricht dem Eigenthümer nur das Recht auf abermalige Zahlung des Angeldes bei Rescission der Veräußerung ab. Aber durch diese wird doch auch die Anerkennung, wofür das Handgeld gezahlt worden, in ihrer Wirkung vernichtet, und erscheint also das Gezahlte als sine causa datum; denn daß das Angeld bloß für den äußerlichen Akt der Anerkennung ohne Rücksicht auf seine juristische Wirksamkeit gegeben werde, läßt sich nicht annehmen. Aber freilich muß man voraussetzen, daß dem Eigenthümer der ganze Inhalt des Veräußerungsgeschäftes, woraus die Rescissibilität desselben folgt, bekannt gemacht sei.

[93] Buri, S. 209, 211.

[94] Buri, S. 195—201.

Emphyteuse dem künftigen Erben überträgt[95]. Dasselbe ist auch zu behaupten, wenn durch Erbtheilung die ganze Emphyteuse Einem von mehreren Erben überwiesen worden, in Ansehung der Antheile der übrigen Erben. Viele zwar verneinen dieß, vorzüglich aus dem Grunde, weil auch sonst wohl die Theilung unter Miterben nicht als Veräußerung angesehen werde[96]. Allein dieß geschieht nur in Rücksicht auf ein bestimmtes Veräußerungsverbot, von dem auch andere Ausnahmen gemacht werden[97]. In der That aber liegt in der Zutheilung der ganzen Sache an Einen von den Miterben oder überhaupt Miteigenthümern eine wahre Veräußerung in Ansehung der den Anderen zustehenden Antheile, und muß sie also in so weit unter die Regel fallen, wenn nicht eine Ausnahme dafür besonders begründet ist[98]. In der Natur der Sache aber ist diese nicht begründet. Denn jeder Erbe repräsentirt nur pro parte den Erblasser; es ist also eine neue nicht durch die bloße Vererbung herbeigeführte Aenderung in der Person des Emphyteuta, wenn ein Erbe allein statt Aller in die emphyteutischen Rechte und Verpflichtungen eintritt, und dazu bedarf es der Anzeige an den Herrn, um dessen Anerkennung zu erhalten; für diese aber wird die Quinquagesima gezahlt. Auch ist ja jene Aenderung keineswegs gleichgiltig für den Eigenthümer; dieser kann sogar gegründete Einwendungen gegen die Person desjenigen Erben haben, dem die Emphyteuse ausschließlich überlassen werden soll, und kann deßhalb Einspruch dagegen thun, wenn gleich er den Uebergang des Rechtes auf ihn als Erbe pro parte hereditaria nicht hindern konnte[99].

Wir wenden uns nunmehr zur Bestimmung der Erwerbgründe der Emphyteuse. Dabei muß man unterscheiden die erste Errichtung oder denjenigen Erwerb, durch welchen das emphyteutische Recht an einem Grundstück überhaupt erst entsteht, von dem bloßen Uebergang einer schon begründeten Emphyteuse auf einen Andern als den ursprünglichen Emphyteuta.

Errichtet wird die Emphyteuse vor Allem durch Vertrag. Ueber die Natur dieses Vertrages (in Betreff des ager vectigalis) waren schon

95 Thibaut, §. 778, Note f. Wening-Ingenheim, Bd. 2. §. 111, Note e.

96 Nov. 12. cap. 1: Quando enim res litigiosae per successionem ad heredes perveniunt, non debet alienatio intelligi earum inter coheredes divisio. Voet, l. c. n. 35. Vuy, p. 193, 194. Vgl. Glück, S. 491 flg.

97 L. 4. Cod. de litigiosis. 8. 37.

98 Daher fällt die Provocation zu einer Theilungsklage als freiwillige Veräußerung unter die Vorschrift der oratio D. Severi. L. 1. §. 2. L. 7. pr. cf. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. L. 17. Cod. de praediis. 5. 71. Voet ad tit. Dig. fam. ercisc. n. 14. Rudorff, Recht der Vormundschaft, Bd. 2, S. 411, 412.

99 Unterholzner a. a. O. S. 367, 368

in der classischen Jurisprudenz Zweifel angeregt worden. Man schwankte, ob man denselben unter den Gesichtspunkt der emtio venditio stellen, also eine Alienation der Sache darin erkennen solle (wobei man das Vectigal etwa dem Zins von einem stehengebliebenen Kaufpreise vergleichen mochte), oder ob man ihn vielmehr als locatio conductio zu betrachten habe, wofür sich Gaius entscheidet[100]. Die Frage konnte, zumal seitdem auch Privatgüter mit gleichem Rechte ausgegeben wurden, in verschiedenen Beziehungen von Bedeutung sein. Es würde z. B. davon abhängen, ob die Bestellung der Emphyteuse unter ein gesetzliches Verbot, z. B. der Mündelgüter, falle oder nicht[101]. Vorzüglich aber scheint der Zielpunkt jener verschiedenen Betrachtungsweise dieser gewesen zu sein, ob der Erbverpachter dem Erbpachter fortwährend nach den Grundsätzen eines gewöhnlichen Pachtverhältnisses den ungehinderten Genuß des Pachtgegenstandes zu gewähren schuldig sei, und demnach auch wegen Schmälerung desselben durch zufällige die Substanz der Sache oder deren Fruchtertrag betreffende Ereignisse ein Anspruch auf verhältnißmäßige Minderung der Pachtabgabe stattfinde, oder ob vielmehr der Erbpachter solchen Schaden, als welcher ein zu seinem Vermögen gehörendes Object betreffe, allein zu tragen habe, der Eigenthümer aber den einmal festgesetzten Zins ungemindert zu fordern berechtigt bleibe[102]. Zeno hat diese Zweifel beseitigt, indem er verordnete: ius emphyteuticum neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse, ab utriusque memoratorum contractuum societate et similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum etc., und dabei zugleich speciell jene Frage wegen zufälliger Minderung der Sache oder ihres Ertrages entschied[103]. Diese Entscheidung hat denn auch Justinian gebilligt und als die zu seiner Zeit praktische anerkannt[104], was ihn jedoch nicht hindern konnte, anderwärts auszusprechen, daß durch ein gesetzliches, testamentarisches oder vertragsmäßiges Veräußerungs-

[100] Gai. III. 145. — §. 3. J. de locat. et Theophil. ad h. l. — Unterholzner a. a. O. S. 362. 369.

[101] Rudorff a. a. O. S. 407 flg.

[102] Vgl. Büchel a. a. O. S. 28—39. Dieser hält es jedoch mit Unrecht für widersinnig, ein der Servitut nachgebildetes, obwohl umfassenderes Recht durch Pacht entstehen zu lassen. Die obligatorische Natur des Pachtverhältnisses hindert nicht, dem Pachter an dem gepachteten Grundstück ein dingliches durch seinen Inhalt von selbst dem Usufructus naheverwandtes Recht beizulegen. Nach dem Code Napoleon z. B., der den Grundsatz: Kauf bricht Miethe, nicht kennt, kann man sagen, es sei dem Miether ein Recht an der Sache gewährt, das dem Usufructus wahrlich näher steht, als dieser den Prädialservituten. Könnte doch auch der Usufructus für eine bestimmte Zeit (nur als persönliche Servitut nicht vererblich) gegen Versprechen eines jährlichen Zinses eingeräumt werden!

[103] L. 1. Cod. h. t. Vgl. oben Note 76 flg.

[104] §. 3. J. cit.: »Quo iure utimur«.

verbot regelmäßig auch die Einräumung der Emphyteuse für untersagt zu halten sei[105]. Es ist also nun der Vertrag zur Begründung der Emphyteuse als ein eigener Contract hingestellt, contractus emphyteuseos oder emphyteuticarius, von welchem jedoch ungeachtet des kaiserlichen Ausspruches nicht zu läugnen ist, daß er nach einer Seite hin der locatio conductio nahe verwandt ist, von der sich andererseits freilich durch die Begründung eines selbständigen dinglichen Rechtes bedeutend unterscheidet. Dieser Vertrag nämlich erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß unter den Contrahenten und das dingliche Recht des Emphyteuta. Aus der obligatorischen Natur desselben entsteht für beide Theile und deren Universalsuccessoren eine persönliche Klage auf Erfüllung der gegenseitig eingegangenen Verbindlichkeiten, die man jetzt emphyteuticaria (in personam) actio zu nennen pflegt, mit welcher denn namentlich auch die Zahlung des Canons gefordert werden kann. Was aber die Entstehung des dinglichen Rechtes angeht, so ist es eine sehr verbreitete Meinung, daß dazu der Vertrag allein nicht hinreiche, sondern die Uebergabe des emphyteutischen Grundstückes hinzukommen müsse. Dieses versteht sich freilich von selbst für diejenigen, welche dem Emphyteuta eine Art Eigenthum beilegen[106]. Die aber das Letzte für irrig erkennen, wissen überall keinen irgend erheblichen Grund für jene Meinung anzugeben[107]. Die Quellen selbst sprechen für die Ansicht, daß durch die locatio in perpetuum sofort die dingliche Klage, also auch das dingliche Recht entstehe[108], und mit Recht wird daher diese von vielen Schriftstellern gebilligt[109]. — Sehr streitig ist auch die Frage, ob es zur Giltigkeit des emphyteutischen Contracts schriftlicher Abfassung bedürfe?

[105] L. 7. Cod. de reb. alien. non alienand. 4. 51.

[106] Nach L. 20. Cod. de pactis. 2. 3. Glück, S. 464.

[107] Thibaut (§. 779, Note o) bezieht sich bloß auf L. 31. D. de acquir. dom. 41. 1., widersprechend seiner eigenen Ansicht über die Natur des emphyteutischen Rechtes (oben Note 23, 24). In Wening-Ingenheim's Lehrbuch (5. Ausg.). Bd. 2. §. 113, wird eingeräumt, daß die Gesetze von der Nothwendigkeit hinzukommender Tradition schweigen, aber bemerkt, sie werde doch nach Analogie dessen, was beim Eigenthum und selbst bei den Servituten gelte, mit Recht allgemein (?) angenommen. Aber diesen Analogien kann man die des Pfandrechtes entgegenstellen, und zudem ist auch die Analogie der Servituten nach der Meinung, die wir mit den angesehensten Civilisten für die richtige halten, vielmehr dagegen. Mühlenbruch (§. 297, Note 5.) bezieht sich theils auf unsichere historische Voraussetzungen, theils auf Argumente, deren Prämissen schon oben widerlegt sind (Note 55 flg.), die aber auch, wenn man diese Widerlegung nicht ausreichend findet, höchstens eine Wahrscheinlichkeit erzeugen. Donellus (cap. 13. § 15.) legt besonders Gewicht auf die Worte in §. 3. J. cit.: De praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, übersehend, daß hier noch bloß von der Natur des Contractes die Rede ist, zu dessen Erfüllung freilich die Uebergabe gehört, nicht aber zur Abschließung.

[108] L 1. §. 1. D. h. t.: Qui conduxerunt, placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem.

[109] Du Roi, im Arch. Bd. 6. S. 367. Hasse, im rhein. Mus. Bd. 1. S. 93. Schröter, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2. S. 243. Schweppe, Privatrecht, §. 314. Puchta. Lehrb. §. 173. Göschen, Vorles. Bd. 2. H. 1. S. 300.

Für die Errichtung kirchlicher Emphyteusen kann wohl die Nothwendigkeit dieser Form nach Nov. 120. cap. 6. §. 2. nicht in Abrede gestellt werden, und sie wird auch von den meisten anerkannt[110]. Aber Viele behaupten dieselbe allgemein als regelmäßiges Erforderniß dieses Vertrages[111]. Es war natürlich, daß ein Vertrag, der für immer oder für sehr lange Zeit wirken sollte, meistens schriftlich abgefaßt wurde, und bei Municipal-, wie bei fiscalischen Gütern brachte dieß ohnehin gewiß der regelmäßige Geschäftsgang mit sich[112]. Aber eben deßhalb kann man auf die Nothwendigkeit dieser Form nicht daraus einen Schluß ziehen, daß in den betreffenden Constitutionen mehrmals auf die instrumenta emphyteuseos Bezug genommen wird. Eine Bestimmung, wodurch sie allgemein vorgeschrieben würde, findet sich aber nicht. Denn in der beiläufigen Aeußerung der L. 1. Cod. h. t. ist eine solche nicht zu erkennen, um so weniger, da bis dahin der Vertrag den Consensualcontracten, dem Kauf oder der Miethe, beigezählt worden war, und in §. 3. J. de locat., sowie bei Theophil. ad h. l. nicht die geringste Andeutung einer solchen neuen Vorschrift zu entdecken ist[113]. Dagegen scheint L. 1. cit. eine dritte Meinung vollkommen zu begründen, nach welcher zwar nicht regelmäßig, aber doch dann und insofern schriftliche Urkunde nothwendig sein soll, als eine besondere von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses namentlich von der dort speciell sanctionirten, abweichende Verabredung getroffen werde[114]. Die Constitution schickt nämlich zuerst im Allgemeinen die Erklärung voraus, iustum validumque esse contractum, und nur in Betreff von Nebenverabredungen heißt es dann, ea quae pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque custodiri. Da man nun in der Regel nicht annehmen darf, daß der Gesetzgeber ohne Vorbedacht und bestimmte Absicht nicht zur Sache gehörende Zusätze einschiebe, so ist man zu dem Schlusse berechtigt, daß in Ermangelung schriftlicher Urkunde nicht dasselbe gelten solle, um so mehr als sich auch sonst ähnliche Bestimmungen vorfinden[115]. Zu weit aber geht die Behauptung,

[110] Glück, S. 462.

[111] Donell. cap. 13. §. 14. Leonin. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 3. Thibaut, §. 779. Vuy, p. 196. u. A.

[112] Unterholzner, S. 363.

[113] Cuiac. ad Cod. h. t. (opp. edit. Neap. IX. 419.) Voet ad D. h. t. n. 3. Buri, S. 160. Hofacker, princip. §. 1039. Glück, S. 461. Note 42. Vgl. Göschen, Bd. 2. H. 2. S. 308.

[114] Schon von einigen älteren Juristen, namentlich Janus a Costa, gebilligt (vgl. Glück, S. 462. Note 45), neuerdings vertheidigt von Marezoll, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2. S. 359—371. und angenommen von Mühlenbruch, §. 297. Note 2—4; Wening-Ingenheim, Bd. 2 §. 113. und, wie es scheint, von Puchta, Lehrb. §. 173. Note y.

[115] L. 32. Cod. de locato. (4. 65.). Cf. L. 13. §. 11. D. locati. (19. 2.) Marezoll a. a. O. S. 364. 369. und Bd. 3. S. 280—282.

daß dergleichen Verabredungen nicht anders als durch Schrift bewiesen, daher nach Verlust der Urkunde nicht mehr geltend gemacht werden können. Denn wenn Justinian in L. 3. Cod. h. t. festsetzt, was als Regel eintrete, si nulla huiusmodi pactio interposita sit vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, so liegt die Vermuthung, daß hierbei nur der gewöhnliche Fall, wo durch den Verlust der Contractsurkunde der Beweis wirklich unmöglich geworden, berücksichtigt sei, gar zu nahe, als daß man darin eine gesetzliche Ausschließung jedes anderen Beweismittels des giltig Verabredeten erblicken könnte.

Eine zweite Art der Errichtung der Emphyteuse ist die durch Vermächtniß. Es ist jedoch in Zweifel gezogen worden, ob durch Vermächtniß ipso iure das dingliche Recht der Emphyteuse entstehen könne. Weil nämlich eine Verpflichtung des Emphyteuta damit wesentlich verbunden sei, diese aber nicht durch den Willen des Erblassers ihm auferlegt werden könne, so, hat man behauptet, bewirke das Vermächtniß auch von Seiten des Eigenthümers der Sache zunächst immer nur die Verpflichtung der Erben, den emphyteutischen Contract auf Verlangen mit dem Legatar abzuschließen, und erst dadurch werde denn auch das emphyteutische Recht wirklich erworben[116]. Oder auch man hat das Vermächtniß aufgefaßt als bedingt dadurch, daß der Legatar sich zur Uebernahme der entsprechenden Verpflichtungen bereit erkläre, was denn auch zur Abschließung einer Uebereinkunft führen würde[117]. Allein Justinian will den Vermächtnissen überall die möglichst vollkommene Wirkung gesichert sehen, dergestalt, daß regelmäßig dem Legatar dingliche wie persönliche Klage zur Geltendmachung des Inhaltes des Vermächtnisses zustehen soll, so weit nur die erste nach der Natur des Verhältnisses anwendbar ist. Darnach muß die gleiche Wirkung auch anerkannt werden, wenn der Eigenthümer an seinem Grundstück die Emphyteuse vermacht hat; ein dingliches Recht, welches er als Eigenthümer an seiner Sache direct zu gewähren im Stande war[118]. Daß der Legatar durch die

[116] Muehler, l. c. p. 19.

[117] Donell. l. c. cap. 13. §. 13., der das Legat der Emphyteuse mit dem Falle vergleicht, wenn dem Erben auferlegt ist, eine Sache zu bestimmtem Preise einem Anderen zu verkaufen. L. 66. D. de legat. I. L. 30. §. 3. D. de legat. III. Mühler's Bemerkung, diese Ansicht komme im Resultat mit der seinigen überein, ist nicht ganz richtig, wenn man seine Worte: cum emphyteuseos contractum cum herede celebraverit, genau nimmt. Denn hiernach wäre auch schriftliche Abfassung des Contractes zwischen dem Legatar und dem Erben erforderlich, so weit diese sonst nothwendig ist (Note 111—115. Muehler l. c. p. 16): nach des Donellus Meinung bedürfte es nur einer Erklärung über die Annahme des Legates.

[118] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. Daß auch, wenn die Sache im Eigenthum des Onerirten ist, das vermachte Eigenthum oder ius in re ipso iure erworben werde (Puchta, Lehrbuch § 532.) kann man nicht behaupten. Dieß wäre ein exorbitanter Satz, daß eine Verfügung des Erblassers direct ein Recht an einer ihm fremden Sache gewähren könne, und L. 1. cit. spricht auch nicht dafür.

Annahme des Vermächtnisses als Emphyteuta gewisse Verpflichtungen übernimmt, steht jener dinglichen Wirkung nicht im Wege. Wie dieß hier durch die Natur des vermachten Rechtes gegeben ist, kann es sonst durch Modus und andere Lasten, die auf ein Vermächtniß gelegt sind, herbeigeführt werden. Daß er nicht wider Willen obligirt werde, dagegen ist er schon durch den allgemeinen Grundsatz gesichert, wornach Niemand ein Legat anzunehmen braucht, insofern also jedes Vermächtniß hanc conditionem habet, si legatarius velit[119]. Sollte aber dieses so verstanden werden, daß das Vermächtniß für ein wahrhaft bedingtes zu halten sei, wie allerdings der ausdrückliche Zusatz si volet für Vermächtnisse als wahre Bedingung anzusehen ist[120], so würde man zu gänzlich verwerflichen Consequenzen kommen: man würde behaupten müssen, daß dies legati non cedat, bevor sich der Legatar über die Annahme des Vermächtnisses erklärt habe, daß also dieses nicht auf die Erben transmittirt werde, wenn jener vor geschehener Erklärung gestorben ist. Beharren wir also vielmehr bei der herrschenden Meinung, welche das Vermächtniß als Entstehungsgrund des emphyteutischen Rechtes selbst betrachtet. Es kann denn auch der Fall sein, daß Einem die Emphyteuse, einem Andern das Eigenthum des Grundstückes legirt und kraft des Legates ipso iure erworben wird, so wie auch dem Erben das Recht der Emphyteuse vorbehalten werden kann, indem das Eigenthum einem Anderen vermacht wird. In solchen Fällen aber kann der Eigenthümer die Anerkennung der persönlichen Verpflichtungen von Seiten des Emphyteuta leicht erwirken: als Besitzer nämlich, indem er die Sache nur unter dieser Voraussetzung herauszugeben braucht; und wenn der Emphyteuta im Besitze ist, durch Anstellung der rei vindicatio, welcher dieser nur durch Anerkennung jener Verpflichtungen ausweichen kann. Es scheint aber auch nicht unangemessen, ohneweiteres auf den Grund des angenommenen Vermächtnisses eine der Klage aus dem emphyteutischen Contracte analoge persönliche Klage zu gestatten[121].

Es fragt sich nun weiter, ob auch durch Ersitzung das Rechtsverhältniß der Emphyteuse entstehen könne? Diese Frage wurde früher von den Meisten unbedenklich bejahend beantwortet, wenn auch wohl gezweifelt wurde, welche Verjährungszeit erforderlich, und ob die Ersitzung nach Analogie der Eigenthums- oder der Servitutenersitzung zu beurtheilen sei[122]. In neuerer Zeit haben dagegen wieder Mehrere die Möglichkeit

[119] So drückt sich Donellus a. a. O. aus.

[120] L. 69. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65. §. 1. D. de legat. I.

[121] Wening-Ingenheim, Bd. 2. §. 112.

[122] Vgl. Glück, S. 466 flg., und die dort angeführten Schriftsteller.

einer Entstehung der Emphyteuse durch Ersitzung ganz in Abrede gestellt[123]. Der Hauptfall, um welchen es sich handelt, ist der, wenn Jemand bona fide die vom Nichteigenthümer eingeräumte Emphyteuse die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Ist hier dem Constituenten selbst in derselben Zeit das Eigenthum durch Ersitzung erworben, so ist dadurch mittelbar auch der Emphyteuta geschützt. Aber gesetzt, jener war selbst nicht in der Lage, die Sache zu ersitzen, weil er z. B. nicht in bona fide war, oder, bei der ordentlichen Ersitzung, einen iustus titulus nicht nachzuweisen vermag: kann nun der vermeintliche Emphyteuta auf eigene Hand das Recht der Emphyteuse ersitzen, so daß ihn dann auch der wahre Eigenthümer als solchen anerkennen muß? In den Quellen findet sich darüber gar kein Ausspruch, weder dafür, noch dagegen[124]. Daß die civilrechtliche Usucapion hier nicht zur Anwendung kam, ist freilich ohnehin unzweifelhaft. Alle Analogie aber spricht dafür, daß die longi temporis possessio auch in diesem Falle Schutz gewährte. Sollte nach einem Rechte, das eine Ersitzung des Ususfructus anerkennt[125], nicht dieselbe auch bei der dem Eigenthum so viel näher stehenden Emphyteuse statthaben? bei der man zweifeln konnte, ob die Einräumung desselben nicht als Alienation der Sache anzusehen sei; deren Inhaber zu den Possessores gerechnet und oft so genannt wurden (possessores perpetuarii). Wer die Sache selbst vom Nichteigenthümer gekauft hat, soll das Eigenthum ersitzen können, und wer den Usufructus sich hat bestellen lassen, den Usufructus: welcher innere Grund läßt sich denken,

[123] Vgl. vorzüglich Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtlichen Unters. N. 5. S. 127 flg. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2. S. 249—256; Mühlenbruch, doctrina pand. §. 297, not. 7—11; Göschen, Vorlesungen, Bd. 2. H. 1. S. 300—302.

[124] Nicht hierher gehört L. 12. §. 2. D. de Publ. act. Denn hier wird ein ager vectigalis, also eine bestehende Emphyteusis, schon vorausgesetzt; sie kann also nicht von der Entstehung, sondern nur von der Uebertragung der Emphyteuse durch Ersitzung verstanden werden. Auch L 15. §. 26. D de damno infecto wird mit Unrecht hierhergezogen von Unterholzner a. a. O. Note 659; vgl. Mühlenbruch, pand. § 297. not. 11. Zur Erklärung dieser Stelle sei noch Folgendes bemerkt: Die missio ex secundo decreto (das possidere iubere) gab dem Immittirten sofort prätorisches oder bonitarisches Eigenthum der Sache (a praetore dominus constitutus, iure dominii possidere iussus, L. 15. §. 16. 17. 33. D. l. c. Cf. L. 26. §. 6. D. de noxal. act. 9. 4. L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa. 2. 9. Unterholzner, im rhein. Mus. Bd. 1. S. 131. Zimmern, ebendas. Bd. 3. S. 319.), und nur um das quiritische Eigenthum zu erwerben, das der Prätor durch sein Decret nicht verleihen konnte, bedurfte er noch der Usucapion, wenn derjenige, gegen welchen er die Immission secundo decreto erwirkt hatte, der wahre Eigenthümer war. Die gegen den Inhaber eines praedium vectigale erwirkte Immission konnte nicht dieselbe Wirkung haben; es konnte hier nicht das possidere iubere in demselben Sinne eintreten, ut usucapere possidendo possit; sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non caverat. Darnach aber bedurfte es einer Ersitzung nicht mehr; denn weil das Recht an Vectigalgrundstücken selbst auf dem prätorischen Rechte beruhte (Note 27), so wurde es auch durch das prätorische Decret sofort vollständig auf den Immittirten übertragen: post quod decretum vectigali actione uti poterit. Eine besondere Bestimmung für Patrimonialgrundstücke enthält L. 14. Cod. de fund. patrimon.

[125] L. 12. in f. Cod. de praescript. longi temp. 7. 33.

warum das Recht, welches zwischen beiden in der Mitte liegt, nicht soll eben so erworben werden? Man kann also behaupten, daß die in der Praxis von jeher vorherrschende Meinung, welche eine solche Erwerbung annimmt, wenn sie auch keine ausdrückliche Entscheidung der Quellen für sich hat, doch ganz dem Geiste des neueren römischen Rechtes entsprechend eine Lücke derselben ausfüllt, die wahrscheinlich nur zufällig ist[126]. Auf die Analogie des Pfandrechtes kann man sich dagegen nicht berufen. Dieses ist kein den Inhalt des Eigenthums an sich beschränkendes Recht an der Sache; es besteht wesentlich nur in dem Rechte, den Werth derselben als Object der Befriedigung für die Forderung in Anspruch zu nehmen, und deßhalb die Sache zu veräußern. Dieses wesentliche Recht des Pfandgläubigers aber kann nur einmal durch einen Veräußerungsact ausgeübt werden, wodurch die Sache auf einen Anderen übergeht. Daher ist es natürlich, daß man hier keine iuris quasi possessio, und so auch keine Ersitzung annahm. Bei der Emphyteuse aber verhält sich dieses anders[127]. Will man nun dennoch eine Ersitzung dieses Rechtes per longum tempus nicht gelten lassen, so scheint doch wenigstens der Erwerb durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz unumgänglich anerkannt werden zu müssen. Unläugbar nämlich ist die Verjährung der Eigenthumsklage auch gegen den als Emphyteuta Besitzenden möglich. Nun aber verordnet Justinian allgemein, wer bona fide besessen habe, so lange bis der Eigenthümer exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, solle dann auch eine actio ad vindicandam eam rem haben; und da nun auch dem Emphyteuta sonst eine utilis rei petitio zusteht, so muß man gewiß auch dem als solchen Besitzenden zugestehen, ut simili possit uti praesidio[128]. So lange er übrigens nach vollendeter Verjährung noch im Besitze ist, kann er gegen den sich meldenden wahren Eigenthümer leicht die förmliche Anerkennung der Emphyteuse erlangen, indem er die Vindication desselben durch die Einrede der Verjährung ausschließt, und diesen dadurch nöthigt, wenn er nicht auf Alles verzichten will, ihn als Emphyteuta anzunehmen.

Ein anderer Fall ist es, wenn der wahre Eigenthümer selbst die

[126] Auch der Ersitzung des Ususfructus wird ja nur in der einzigen L. 12. cit. namentlich erwähnt, und zwar nur beiläufig: veluti ususfructus et ceterae servitutes; wir denken hinzu: vel ius in agro vectigali.

[127] Die Ansicht freilich, nach welcher dem Emphyteuta „nichts Eigenes, weder ein corpus noch ein ius gehört", und ein Besitz des emphyteutischen Rechtes der Natur der Sache nach undenkbar ist, gibt einen unwiderleglichen Beweis, daß Ersitzung nicht stattfinden könne: „denn was nicht besessen werden kann, das kann auch nicht ersessen werden"; Büchel a. a. O. S. 53., dem hierin auch Vangerow, S. 731. beistimmt; und es wäre auch das Ersitzen sehr unnütz, wenn man dadurch doch nichts Eigenes erlangt. Aber vgl. oben Note 28, 55.

[128] So nimmt auch Vangerow a. a. O. an.

Emphyteuse factisch anerkannt, und der Besitzer sich als Emphyteuta gerirt hat, eine rechtlich begründete Entstehung der Emphyteuse aber doch nicht nachzuweisen ist. Hat der Eigenthümer die Emphyteuse wirklich auf eine an sich vollgiltige Weise eingeräumt, aber durch Irrthum bewogen, z. B. in irrthümlicher Voraussetzung einer Verbindlichkeit dazu, so ist das Recht an sich begründet, und es kann nur angefochten werden, so weit dieses auch sonst wegen Irrthums im Beweggrunde statthaft ist, z. B. unter Umständen durch condictio indebiti, welche dann als persönliche Klage nach den allgemeinen Regeln der Verjährung unterliegt. Ist aber sonst die Constitution des Rechtsverhältnisses eines inneren Mangels wegen nichtig, der auch nicht durch spätere ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung gehoben wird, so wird die ordentliche Ersitzung regelmäßig eben wegen Mangels eines rechtmäßigen Erwerbgrundes auszuschließen sein, die außerordentliche aber eben so wie im vorigen Falle eintreten können[128a].

Ein dritter wesentlich verschiedener Fall endlich ist der, wenn der wahre Eigenthümer der Sache sich als Emphyteuta gerirt und als solcher einen Anderen, der das Eigenthum sich beilegt, die Verjährungszeit hindurch factisch für den Eigenthümer anerkennt. Hier kann die Ersitzung nicht zunächst als Entstehungsgrund des emphyteutischen Rechtes in Frage kommen, da für die Entstehung des Verhältnisses zwischen dem vermeintlichen Emphyteuta und dem vermeintlichen Eigenthümer doch noch ein besonderer Grund vorausgesetzt werden muß. Die Frage ist hier vielmehr die, ob der letztere das Eigenthum durch Ersitzung erwerbe, wodurch nur folgeweise auch jenes emphyteutische Verhältniß befestigt würde, eben so wie in dem Falle, wenn der Usucapionsbesitzer irgend einem Dritten die Emphyteuse oder ein anderes Recht an der Sache eingeräumt hat und dann die Ersitzung vollendet[129]. Man hat aber diese Frage verneint, weil es hier an der wesentlichsten Voraussetzung der Ersitzung, nämlich am Besitze, fehle. Denn so wenig wie der Pachter seiner eigenen Sache, eben so wenig könne derjenige, welcher sich an eigener Sache die Emphyteuse bestellen lasse, als Stellvertreter im Besitze für den Anderen angesehen werden[130]. Allerdings nun ist es Regel, daß Miethe oder Pachtung seiner eigenen Sache nichtig sei, wie auch Depositum, Precarium,

128a Vgl. L. 11. Cod. de fundis patrimon.

129 Unterholzner a. a. O. S. 249. 250.

130 Unterholzner, S. 255. Mühlenbruch a. a. O. — Göschen scheint sogar schlechthin jeden Besitz des Erbverpachters, so lange der Erbpachter die Sache hat, zu läugnen, so daß die Ersitzung auch unterbrochen würde, wenn der Usucapionsbesitzer einem Anderen, als dem Eigenthümer, das Grundstück zur Emphyteuse gegeben.

Pignus u. s. w.[131], insofern nicht der Vertrag mit Rücksicht auf den bloßen Besitz geschlossen worden[132]; und es wird diese Unverbindlichkeit namentlich auch für den Fall ausgesprochen, wenn der Miether sein Eigenthum nicht kannte[133]. Ist aber deßhalb anzunehmen, daß nun in jedem solchen Falle der Vermiether oder Verpachter sofort den Besitz verliere? Ein innerer Grund dafür ist nicht zu ersehen. Zum Dasein des Besitzes ist erforderlich animus possidendi und Detention; die letzte kann auch ein Anderer für den juristischen Besitzer haben. Beides ist an sich nicht nach juristischen Bestimmungen zu beurtheilen, als abhängig von einem Rechtsverhältniß, sondern es muß nur factisch vorhanden sein. Dieß ist aber unläugbar der Fall, wenn der Eigenthümer, unbekannt mit seinem Rechte, seine eigene Sache als Pachter detinirt, im Namen des Verpachters, den er als Eigenthumsbesitzer anerkennt. Wem sollte sonst auch der juristische Besitz hier beigelegt werden? Dem Pachter doch nicht? Denn dieser hat nicht den animus possidendi[134]. Es scheint dem civilistischen Tacte unerträglich, daß der Pachter, nachdem er 10—20—30 Jahre hindurch sich selbst als Repräsentanten des Verpachters gerirte, dann noch mit der Behauptung solle vortreten können, dieser habe dennoch nicht besessen, also auch nicht ersitzen können. Consequent müßte dann ja auch dasselbe behauptet werden, wenn der Pachter die Sache bereits restituirt hätte, und nun erst geltend machte, daß sie seine eigene gewesen sei. Wird der Eigenthümer, nachdem er alieno nomine zu detiniren angefangen, von seinem Eigenthumsrechte und folgeweise der Unverbindlichkeit des Vertrages, unterrichtet, oder erwirbt der Detinent später erst das Eigenthum, so kann er nun freilich in eigenem Namen den Besitz fortsetzen; aber es würde doch auch dazu einer äußerlichen Bethätigung seiner veränderten Willensrichtung bedürfen, und z. B. wahrer Besitz des Pachters nicht anzunehmen sein, so lange derselbe factisch den Verpachter noch immer als Besitzer anerkennt und den Pachtzins ihm entrichtet[135]. Allein L. 21. D. de usucap. sagt doch sehr bestimmt, wenn

[131] L. 45. D. de reg. iur. L. 15. D. depositi. 16. 3.

[132] L. 28. 37. D. de poss. 41. 2. L. 35. §. 1. L. 37. D. de pign. act. 13. 7.

[133] L. 20. cf. L. 23. Cod. de locato. 4. 65.

[134] Es ist auch hier vollkommen anwendbar, was L. 37. cit. sagt: Per locationem retineo possessionem . . . quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Wenn man den Besitz durch Repräsentanten für einen bloß fingirten Besitz hält, wie Schmidt in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 14. S. 44., so ist freilich begreiflich, daß er nicht anerkannt wird, wo die Repräsentation auf einem ungiltigen Rechtsgeschäft beruht. Aber von jener Fiction findet sich sonst keine Spur.

[135] Und es wäre dann auch noch die Frage, ob er nicht auf Verlangen vorerst unbedingt den Besitz restituiren müßte, um dann sein Eigenthum geltend zu machen; L. 25. Cod. de locato; worüber freilich die Meinungen verschieden sind. Puchta, Lehrb. §. 353. Note i. §. 296. Note m. — Thon, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 1. S. 24. Schmidt a. a. O.

der pro herede possidens das Grundstück dem Eigenthümer verpachte, so sei nicht nur der Vertrag ungiltig, sondern es folge auch daraus, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non durabit? Doch darf man hier wohl die Voraussetzung hinzudenken, daß dem Contrahenten das Eigenthum des Pachters bekannt gewesen, und jedenfalls, daß es vor Vollendung der Ersitzung geltend gemacht worden. Schwieriger sind L. 33. §. 5. D. eod. und L. 29. D. de pignerat. act. Sie beziehen sich auf die Ersitzung einer zu Pfand gegebenen Sache. Die erste sagt: es werde die angefangene Usucapion unterbrochen, wenn der Usucapionsbesitzer die Sache dem, wenn auch seines Eigenthums unkundigen, Eigenthümer zum Faustpfand übergebe: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. Die andere spricht dasselbe aus für den Fall, daß der Faustpfandgläubiger späterhin das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerbe. Enthalten diese Stellen nur die Anwendung einer allgemeinen Regel für alle Fälle, in denen nach L. 45. D. de reg. iur. ein Vertrag ungiltig ist, so muß das, was oben aus der Natur der Sache ist abgeleitet worden, unbedingt aufgegeben werden. Aber in Ansehung des Faustpfandes gilt das Besondere, daß der Pfandgläubiger den ausschließlichen juristischen Besitz der Sache hat, und nur in Rücksicht der Usucapion, nicht minder zum Vortheil des Pfandgläubigers als des Verpfänders, der Besitz des letzten als fortdauernd angenommen wird. Wenn nun diese Wirkung nicht anerkannt wird, wo die Sache dem vermeintlichen Pfandbesitzer selbst gehört, so möchte man davon nicht ohneweiteres gleiche Anwendung auf solche Fälle machen dürfen, wo, wie bei einem Miethvertrag, der Detinent wirklich sich nur als Repräsentanten des Anderen betrachtet. Gleichwohl wäre die Analogie für unsere Frage bedeutend, wenn dem Emphyteuta, wie dem Pfandgläubiger, ausschließliche corporis possessio beizulegen wäre. Da dieses aber ungegründet ist, so fällt auch dieses Argument weg. Vielmehr ist unser Fall demjenigen zu vergleichen, wenn der Usucapionsbesitzer dem wahren Eigenthümer den Usufructus eingeräumt und aus diesem Grunde die Detention der Sache überlassen hat; und wer nicht glaubt, daß dadurch die Usucapion unterbrochen werde, der kann auch nicht annehmen, daß die Einräumung der Emphyteuse an den Eigenthümer diese Wirkung habe[136].

[136] Ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht gibt auch L. 20. Cod. de agricolis. 11. 47. Darnach soll der Zweifel darüber, utrum is terrae dominus est necne, an ipsi coloni dominium terrae suae possident, durch longi temporis praescriptio ausgeschlossen werden, wenn die Besitzer so lange als Colonen dem Herrn die entsprechenden Leistungen gezollt haben, d. h. also, es soll diesem, wenn er es auch früher nicht hatte, das Eigenthum der Grundstücke

So viel von den Gründen der Entstehung der Emphyteuse. Von der Uebertragung einer bestehenden Emphyteuse auf einen Anderen ist schon oben gelegentlich gesprochen worden. Es ist hier aber noch die Frage zu untersuchen, ob dieselbe auch durch Verjährung von Einem auf den Anderen übergehen könne. Auch dieses ist in den Quellen nicht ausgesprochen. Diese deuten vielmehr an, daß praedia vectigalia nicht usucapirt werden können[137]. Aber eben die Stelle, welche dieses ausspricht, berechtigt zu der Annahme, daß doch longi temporis praescriptio in dieser Beziehung anerkannt war, da eine analoge Anwendung der Publiciana actio, welcher die Fiction der Usucapion zum Grunde lag, auf einen Fall, in welchem nicht eine der Usucapion analoge Ersitzung eintreten konnte, sehr unwahrscheinlich ist, die bloß beiläufige Verneinung der usucapio bei Vectigalgrundstücken aber nach dem von den Justinianischen Compilatoren angenommenen Sprachgebrauche gegen die Zulässigkeit der longo tempore capio kein sehr gewichtiges Bedenken erregen kann[138]. Nimmt man eine constitutive Ersitzung der Emphyteuse an, so nöthigt schon die Consequenz, da es sich hier von einem veräußerlichen Rechte handelt, zur Anerkennung auch der Möglichkeit einer translativen Ersitzung derselben. Durch Uebertragung einer schon bestehenden Emphyteuse kann man ja eben so vollkommen das emphyteutische Recht erworben zu haben glauben, wie durch Einräumung vom Eigenthümer, und es wäre eine sehr auffallende Inconsequenz, wenn ein solchergestalt rechtmäßig entstandener Besitz des Rechtes zwar gegen den Eigenthümer die Wirkung der Ersitzung haben sollte, nicht aber gegen den bisherigen Emphyteuta. Wer nun auch hier die ordentliche Ersitzung nicht statthaft findet, der muß doch wenigstens die außerordentliche Ersitzung auch in dieser Beziehung als möglich zugeben[139].

erworben sein, deren Besitz doch nur die Eigenthümer selbst für ihn ausgeübt hatten. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 730. Anm. 1. Wening-Ingenheim (5. Ausg.), Bd. 2. §. 113. Note q.

[137] L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.)

[138] Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß in den Worten der L. 12. §. 2. cit.: In vectigalibus vel in aliis praediis, quae usucapi non possunt, wahrscheinlich eine Interpolation enthalten sei, wodurch die Erwähnung der praedia provincialia ausgemerzt worden, die auch nicht usucapirt werden konnten, bei denen aber gerade die longi temporis praescriptio vorzüglich zur Anwendung kam. Bekannt ist auch, daß in der Justinianischen Compilation die Bezeichnung usucapio in Beziehung auf unbewegliche Sachen absichtlich vermieden und dafür longo tempore capio gesetzt worden ist, so daß man die Worte quae usucapi non possunt, leicht einmal stehen lassen konnte, ohne die Absicht, dadurch auch die longi temporis praescriptio in Abrede zu stellen. So wird auch die usucapio der Servituten verneint; ja in einer Stelle (L. 10. §. 1. D de usucap.) sogar auch in Beziehung auf sie mit der geläufigen Interpolation für usucapi gesagt: ut per se longo tempore capi non possint; während es doch unzweifelhaft ist, daß sie longo tempore, longa quasi possessione quaeruntur. L. 2. Cod. de servitut. L. 10. pr. D. si servit. vind.

[139] Dieß geschieht hier selbst von Unterholzner a. a. O. S. 257., der eine begründende Verjährung gar nicht anerkennt.

Endlich sind nun noch die Gründe der Aufhebung des emphyteutischen Rechtes anzugeben. Von selbst versteht sich, daß dasselbe aufgehoben werde durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes[140], durch Confusion, durch Rescission der Entstehung des emphyteutischen Rechtes oder des Erwerbes des Constituenten, durch Vertrag zwischen dem Emphyteuta und dem Eigenthümer. Zweifelhaft ist es, ob auch durch einseitiges Aufgeben des Emphyteuta (Dereliction)? Dieß wird von Vielen aus dem Grunde gänzlich verworfen, weil mit der Emphyteuse ein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß verbunden sei, welches nicht einseitig von einem Theile aufgelöst werden könne[141]. Die in der Praxis, wie es scheint[142], vorherrschende Meinung ist aber, daß Dereliction dem Emphyteuta allerdings gestattet sei, und diese Ansicht hat auch gute theoretische Gründe für sich. Als das Charakteristische bei der Einräumung der Emphyteuse wird nur bezeichnet, daß dem Pachter und dessen Nachfolgern das Grundstück nicht entzogen werden solle, so lange der Canon gezahlt wird, und dadurch wird angedeutet, daß hier nicht die Zahlung des letzten als eine prinzipale gegenseitige Verbindlichkeit gedacht wird, wie bei dem gewöhnlichen Pachtverhältniß[143]. Auch beweist die Möglichkeit, dem Eigenthümer durch Veräußerung selbst gegen seinen Willen einen anderen Emphyteuta zu substituiren, daß hier die Contractsverbindlichkeit auf Seiten des Emphyteuta eine viel freiere Natur und eine mehr nur secundäre Bedeutung hat. Es wäre auch eine harte Bestimmung, daß theilweiser Untergang des Gegenstandes nimmermehr eine Verminderung in den Verpflichtungen des Emphyteuta bewirken soll, wenn dieser sich nicht durch Dereliction seines Rechtes den Verpflichtungen entziehen könnte[144]. Natürlich aber kann er den schon entstandenen speciellen Verbindlichkeiten, sei es in Ansehung rückständigen Canons oder in Betreff der Deterioration der Sache, nicht entgehen, wenn er auch derelinquiren will. Streitig ist auch, wie fern durch Verjährung die Emphyteuse erlöschen könne? Natürlich muß dadurch das Recht der Emphyteuse dem bisherigen

140 L. 1. Cod. h. t.

141 Thibaut, §. 780. Note u. Göschen, Vorles. Bd. 2. H. 1. S. 304. Vgl. die bei Glück, S. 530. allegirten Schriftsteller.

142 Nach Glück, S. 532 (Note 9.).

143 Vgl. oben Note 3.

144 Vgl. oben Note 75—81. Buri, S. 222—230. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2. S. 364. 365. Wening-Ingenheim, Bd. 2. §. 218. Puchta, Lehrb. §. 173. Etwas Besonderes gilt freilich in Ansehung der kaiserlichen Erbpachtgüter. L. 3. Cod. de fund. patrimon. Aber für diese mußte auch Caution geleistet werden bei der Uebernahme, L. 7. Cod. ibid., und diese Versicherungssumme mußte dann freilich der Derelinquent einbüßen. Unterholzner a. a. O. Note e. Wenn man mit Mühlenbruch (pand. §. 297, not. 15.) die Dereliction bloß als tacita remissio iuris gelten läßt, so kann man nicht, wie er gleichwohl es thut, die L. 3. cit. als Ausnahme anführen. Die Frage ist nur, ob wider Willen des Eigenthümers das emphyteutische Verhältniß aufgelöst werden könne.

Emphyteuta entzogen werden, insofern eine Ersitzung desselben von Seiten eines Anderen stattgefunden hat; und wenn etwa der Emphyteuta selbst das Eigenthum durch Ersitzung erworben hat, was ohne Zweifel möglich ist, wenn er als vermeintlicher Eigenthümer besaß, so muß die Emphyteuse durch Confusion erlöschen[145]. Gewiß ist es auch, daß die allgemeine Klagenverjährung auf die Klage zur Geltendmachung des emphyteutischen Rechtes Anwendung findet; und da nach Justinianischem Rechte der Besitzer in gutem Glauben (welchem nach heutigem Rechte allein die Verjährung der Klage zu statten kommt), nachdem er einmal die Einrede der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung erlangt hat, auch eine actio ad vindicandam rem haben soll, und kein Grund zu ersehen ist, warum nicht diese Vindication auch gegen den Emphyteuta eben so gut wie gegen den Eigenthümer statthaben sollte, so wird durch jene Verjährung in der That auch das Recht der Emphyteuse aufgehoben[146]. Aber mit gutem Fug geht die herrschende Meinung noch weiter und nimmt an, daß auch durch die ordentliche Ersitzung des Eigenthums per longum tempus der Ersitzende eben so gegen die Emphyteuse wie gegen das Pfandrecht eines Anderen gesichert werde, natürlich unter der Voraussetzung, daß er sich auch in Beziehung auf die Emphyteuse in bona fide befunden und die Sache als vermeintlich unbeschränkter Eigenthümer besessen habe[147]. Räumt man aber dem fremden Besitzer eine Ersitzung mit solcher Wirkung ein, so kann man ohne Inconsequenz nicht dem wahren Eigenthumserwerber, der das volle unbeschränkte Eigenthum erworben zu haben glaubt und die Ersitzungszeit hindurch ausgeübt hat, gleichen Schutz absprechen. Es wäre wahrlich absurd, wenn derjenige, der vom wahren Eigenthümer die Sache erwirbt und deßhalb in Ansehung des Eigenthums der Ersitzung nicht mehr bedarf, von dem Rechte des Emphyteuta aber nichts weiß, weniger gesichert sein sollte, als derjenige, welcher sonst in gleicher Lage mit ihm sich befindet, aber vom Nichteigenthümer erworben hat und deßhalb noch erst das Eigenthum ersitzen muß. Eine andere Frage aber ist es, ob der Constituent der Emphyteuse oder dessen Universalsuccessor die Freiheit von der Emphyteuse durch Ersitzung erwerben könne? Dieser wird sich allerdings nur durch die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gegen den Emphyteuta schützen können[148].

[145] Vangerow, Pand. Bd. 1. S. 732. Mit Unrecht nimmt Glück, S. 548. hier nur eine dreißig- oder vierzigjährige Ersitzung als möglich an.

[146] Verkannt wird diese Consequenz von Göschen, S. 305.

[147] Unterholzner a. a. O. S. 259. Nr. 1. Puchta, §. 173. Vangerow a. a. O.; Wening-Ingenheim, §. 117. Note w, führt mit Unrecht Unterholzner als Dissentienten an. — Vgl. übrigens L. 2. Cod. ne rei dom. (7. 38.)

[148] Nur mit dieser Beschränkung kann man der Bemerkung von Wening-Ingenheim a. a. O. Note y beistimmen.

Nach der Natur der Sache muß ferner die Emphyteuse auch erlöschen, wenn der Emphyteuta stirbt und keine Erben hinterläßt, welche in das emphyteutische Rechtsverhältniß succediren können[149]. Außerdem endlich kann der Emphyteuta aus verschiedenen Gründen zur Strafe seines Rechtes verlustig werden, nämlich 1) wenn er das emphyteutische Grundstück deteriorirt[150]. Dieß ist zwar in den Gesetzen nur in Beziehung auf kirchliche Emphyteusen ausdrücklich ausgesprochen; es wird aber nach der in der Praxis angenommenen Ansicht auch auf andere angewendet. 2) Wenn er drei Jahre nach einander, oder bei kirchlichen Emphyteusen nur zwei Jahre, mit Zahlung des Canons im Rückstande geblieben ist. Es kommt dabei nicht auf die gewöhnlichen Voraussetzungen einer mora in solvendo an; der Emphyteuta soll unaufgefordert zur gehörigen Zeit den Canon entrichten. Wenn der Eigenthümer sich weigert, die Zahlung anzunehmen, so kann jener sich durch gerichtliche Deposition des zu Zahlenden gegen die Gefahr der Privation sicher stellen[151]. Auch genügt es nicht, um diese Gefahr abzuwenden, daß jährlich wenigstens ein Theil des Canons gezahlt worden ist, sondern, wenn nur für drei nach einander folgende Jahre nicht der ganze Canon gezahlt worden ist, so ist der Privationsfall eingetreten. Die abweichenden Meinungen mancher Rechtsgelehrten über diesen Punkt beruhen auf der ungegründeten Annahme, daß der Canon nur in recognitionem dominii gegeben werde, welche auch schon in der Zahlung eines Theiles des Canons sich ausspreche, und sind selbst unter dieser Voraussetzung nicht einmal zu rechtfertigen[152]. Freilich aber, wenn der Emphyteuta im Verlauf von drei Jahren durch Theilzahlungen den ganzen Canon auch nur eines Jahres abgetragen hat, so kann man ihm nicht mehr einen dreijährigen Rückstand Schuld geben. Daraus übrigens, daß der ganze Canon gezahlt werden muß, ergibt sich von selbst eine Art von solidarischer Haftung derjenigen, welchen eine ungetheilte Emphytheuse gemeinschaftlich zusteht, z. B. mehrerer Erben des ursprünglichen Emphyteuta. Obwohl unter diesen die persönliche Verbindlichkeit zur Zahlung des Canons pro portionibus hereditariis getheilt ist, so hat doch der dominus emphyteuseos das Recht, die ganze Emphyteusis einzuziehen, wenn auch nur durch die Nichtzahlung eines derselben ein dreijähriger Rückstand des Canons eingetreten ist, vorausgesetzt, daß nicht der Eigenthümer eine reelle Theilung unter den

[149] Arg. Nov. 7. cap. 3. Vgl. Glück, S. 522 flg.

[150] Nov. 120. cap. 8.

[151] L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. cf. L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. (19. 2.)

[152] Glück, S. 429—432.

Miterben anerkannt hat. Um jener Gefahr zuvorzukommen, müssen also Alle darauf bedacht sein, daß der ganze Canon gehörig entrichtet werde[153]. Ungegründet aber ist es, wenn man die Verbindlichkeit mehrerer Theilnehmer schlechthin eine solidarische genannt hat[154], woraus folgen würde, daß auch die emphyteuticaria actio auf Zahlung der jährlich fälligen Abgabe gegen jeden in solidum stattfinde, während nur die wegen dreijährigen Rückstandes eintretende Privation in solidum geht[155]. Die Meinung, daß der Canon nicht durch Compensation getilgt werden könne[156], beruht ebenfalls lediglich auf der falschen Vorstellung, er werde in recognitionem dominii gegeben, ist also zu verwerfen. 3) Wenn er in Entrichtung der öffentlichen Abgaben drei Jahre lang säumig gewesen ist; in welcher Beziehung auch bei kirchlichen Emphyteusen keine kürzere Frist gesetzt ist[157]. Das Gesetz verlangt sogar die Einhändigung der Quittungen über die gezahlten Steuern. Doch aber ist dieses wohl nicht so streng zu nehmen, daß die Unterlassung dieser Einhändigung bei wirklicher und gegen weitere Anforderung sicher stellender Zahlung schon genügenden Grund zur Privation enthalte. 4) Wenn den gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung des emphyteutischen Rechtes an einen Anderen zuwidergehandelt ist; es sei nun, daß der beabsichtigte Verkauf gar nicht oder nicht redlich, und insbesondere mit Angabe des wahren Preises, angezeigt worden, um dem Herrn zur Ausübung seines Vorkaufrechtes Anlaß zu geben, oder daß bei irgend einer anderen Veräußerung das Gesuch um Annahme des neuen Emphyteuta unterlassen und dieser ohneweiteres in den Besitz gesetzt worden ist[158]. Daß nun, wo ein solcher Privationsgrund eingetreten ist, der Eigenthümer nicht eigenmächtig den Emphyteuta aus dem Besitz setzen könne, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, zumal da auch die Frage selbst, ob jenes der Fall sei, sehr streitig sein kann. Der Eigenthümer muß

[153] Es ist hier die Analogie des Pfandrechtes anwendbar. L. 2. Cod. si unus ex plur. hered. 8. 32. Aber die Emphyteuse haftet nicht etwa bloß als Pfand für den Canon; sondern wenn die Privation wegen Nichtzahlung desselben vollzogen wird, so werden dadurch die vom Emphyteuta sonst bestellten Pfandrechte schlechthin aufgehoben; daher sind die Pfandgläubiger wesentlich dabei interessirt, daß der Canon richtig gezahlt werde. L. 31. D. de pignor. (Note 45.)

[154] Thibaut, System, §. 778. Wening-Ingenheim, Bd. 2. §. 109 a. E. — L. 7. pr. D. communi div. beweist es nicht. Vgl. oben Note 47.

[155] Unterholzner a. a. O. S. 369.

[156] Glück, S. 440.

[157] L. 2. Cod. cit.: Si per totum triennium neque pecunias (d. i. den Canon) solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit. Das neque-neque hat auch schon die Meinung veranlaßt, es werde zur Privation bei weltlichen Emphyteusen die Nichtzahlung sowohl des Canons als der öffentlichen Abgaben vorausgesetzt. Lang, Institut. §. 194. Aber vgl. im Anfang der Constitution die Worte: si solitam pensionem vel publicarum functionum etc., und Nov. 7. cap. 3. §. 2, wo für kirchliche Emphyteusen offenbar nur in Rücksicht der Zeit etwas Besonderes festgesetzt werden soll.

[158] L. 3. Cod. h. t. Vgl. Note 84—98.

also auf Entsetzung des weigernden Emphyteuta klagen (sogen. Privationsklage), sei es mit der Klage aus dem emphyteutischen Contracte, oder auch mit der Eigenthumsklage. Auch diese letzte ist zulässig[158a]; denn nicht erst durch den Richterspruch wird dem Emphyteuta sein Recht entzogen, sondern er verliert es unmittelbar in Folge seines rechtswidrigen Verhaltens, und der Richter entscheidet nur darüber, ob dieser Fall eingetreten sei. Der Emphyteuta kann daher auch die Privation nicht mehr abwenden, nachdem der gesetzliche Grund derselben einmal eingetreten, wenngleich er hinterher sich noch beeilt, seinen Verpflichtungen zu genügen. Nach canonischem Rechte kann man jedoch nicht umhin, anzuerkennen, daß durch nachträgliche Zahlung des Canons (und so wohl auch der öffentlichen Abgaben), bevor der Eigenthümer seinen Willen, die Privation auszuüben, ausgesprochen hat, diese noch abgewandt werde[159]. Jedenfalls wird dieselbe nicht ohne den Willen des Herrn vollzogen; und wenn daher dieser noch für spätere Zeit nach bereits eingetretenem Privationsgrunde die Zahlung des Canons ohne Widerrede angenommen hat, so liegt darin eine stillschweigende Verzichtleistung auf das entstandene Privationsrecht und Einwilligung in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses. Nicht aber läßt sich dasselbe auch für den Fall behaupten, wenn er nur den rückständigen Canon ohne Vorbehalt angenommen hat; denn auf dessen Zahlung hat er unter allen Umständen ein Recht, auch wenn er die Privation durchsetzt[160].

Auf welche Weise auch die Emphyteuse sich enden möge, so ist der gewesene Emphyteuta oder dessen Erbe immer verpflichtet zur Entrichtung des noch rückständigen Canons und der fällig gewordenen öffentlichen Abgaben, zur Restitution der Sache, sofern sie noch existirt, zum Ersatz für deren verschuldete Deterioration, und zum Ersatz der Früchte, so weit er die Sache länger, als ihm gebührte, behalten und dem Eigenthümer den Fruchtgenuß entzogen hat. Wiefern er dagegen Ersatz für Verwendungen auf die Sache fordern könne, darüber sind die Meinungen

158a Vgl. Nov. 7. cap. 3. §. 2. nach Homberg's Uebersetzung.

159 Cap. 4. X. de locat. conduct. 3. 18.: Emphyteuta quoque... cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, iuste potuisset expelli. Man kann dagegen nicht einwenden, daß diese Stelle sich nur auf kirchliche Emphyteusen beziehe; denn es soll darin offenbar nur eine allgemeine Regel angewandt werden. Man kann auch nicht sagen, es werde hier vorausgesetzt, daß der Eigenthümer, durch die nachträgliche Zahlung zufrieden gestellt, auf die Privation verzichtet habe. Denn das argumentum a contrario führt nothwendig zu dem Schlusse: non potuisset expelli, si celeri satisfactione sibi consulere studuisset. Es kann aber auch nach den Worten celeri satisfactione nicht behauptet werden, daß bis zur Anstellung der Privationsklage die Mora noch purgirt werden könne. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück, S. 438.

160 Nov. 120, cap. 8.: Et quae debentur solum pro praecedente tempore... exigere, et eiicere de emphyteusi. Vgl. Buri, S. 238 flg. Glück, S. 432 flg.

wieder schwankend. Für den Fall der Privation, wenigstens wegen Nichtzahlung des Canons und der öffentlichen Abgaben, und bei kirchlichen Emphyteusen auch wegen Deterioration, wenn in diesem Falle überhaupt die Rede davon sein kann, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß er keinen Ersatz der Meliorationen fordern könne[161], und dieses entspricht auch der Natur des Verhältnisses so wohl, daß man sich über die in der Praxis hierin befolgte Milderung wundern muß; denn sonst könnte ja der Emphyteuta durch rechtswidriges Benehmen den Eigenthümer gewissermaßen zwingen, die Sache gegen Vergütung seiner Meliorationen wieder an sich zu nehmen. Offenbar unzulässig ist ein solcher Anspruch auch dann, wenn der Emphyteuta die Emphyteuse derelinquirt. In anderen Fällen aber erscheint jene Gegenforderung allerdings der Billigkeit gemäß, insofern der Emphyteuta Verwendungen zum wirklichen Vortheil der Sache gemacht hat, welche über seine Verpflichtungen hinausgingen.

Bisher sind die Grundsätze dargestellt worden, welche der Regel nach bei Beurtheilung des emphyteutischen Rechtsverhältnisses zu befolgen sind. Zum Schluß ist nun noch die Frage zu beantworten, welche Aenderungen darin durch besondere Festsetzung bewirkt werden können. Im Allgemeinen ist die Zulässigkeit von besonderen Verabredungen (pactiones) hierbei in weitester Ausdehnung anerkannt[162]. Es kann, ohne daß das Verhältniß aufhört, Emphyteuse zu sein, die Pachtung auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden, nach deren Ablauf sie dann von selbst erlischt[163]; es kann auch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit ausgeschlossen oder beschränkt werden, sei es in Rücksicht der Personen, an welche, sei es in Rücksicht anderer Voraussetzungen, unter welchen sie statthaben solle[164]; es kann auch insbesondere die Abgabe für die Annahme eines neuen Emphyteuta zum Vortheil des Eigenthümers höher, als das Gesetz sie bestimmt, gestellt werden[165]; und so können noch andere Bestimmungen, den Vortheil des Eigenthümers bezweckend, getroffen werden. Auf der anderen Seite aber können auch die mannigfaltigsten Abweichungen von der Regel zum Vortheil des Erbpachters beliebt werden: er kann z. B. befreit werden von den gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen in

[161] L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. 120. l. c.

[162] L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. de locat.

[163] L. 3. D. h. t. Nov. 7. cap. 3. Ueber das Maß der Zeit wird nichts bestimmt.

[164] L. 3. Cod. h. t. Nov. 7. cit.

[165] L. 3. Cod. tit. sagt zwar: non amplius eis liceat nisi quinquagesimam partem accipere. Aber die ganze Verordnung beabsichtigt nur festzusetzen, was gelten solle, sin nulla pactio interposita vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est. Unterholzner, Schuldverhältnisse, S. 367. Note f. Ueber die Frage, ob durch unvordenkliche Verjährung das Recht auf ein höheres Laudemium gesichert werden könne, vgl. Buri, S. 193.

Betreff der Veräußerung seines Rechtes, namentlich auch von der Nothwendigkeit, die Quinquagesima zu zahlen[166]; er kann mehr begünstigt werden in Betreff des periculum rei[167], oder in Betreff der Privationsgründe; ja es kann die Privation ganz ausgeschlossen werden[168] u. s. w. Aber die Entrichtung eines Pachtzinses, wie gering er auch sei, für die mit dinglichem Rechte überlassene Benutzung des Grundstückes, muß jedenfalls festgesetzt sein, wenn das Verhältniß überhaupt noch auf den Namen der Emphyteuse Anspruch haben soll.*

---

## 21.

## Ueber die Natur des emphyteutischen Rechts.**

Die Frage, worin eigentlich das Wesen der Emphyteuse bestehe und zu welcher Klasse von Rechten daher dieselbe zu zählen sei, ist bekanntlich noch in unserer Zeit vielfach Gegenstand schriftstellerischer Erörterungen gewesen. Während die ältere Rechtswissenschaft sich dabei beruhigte, dem Emphyteuta ein sogenanntes Nutzeigenthum (dominium utile) beizulegen, erklärte man in neuerer Zeit, nachdem dieses verworfen war, das emphyteutische Recht geradezu für Eigenthum, das nur unter gewissen Voraussetzungen widerruflich sei[1]. Diese Ansicht wurde jedoch bald von ihrem Urheber selbst wieder aufgegeben[2], und es wurde, vorzüglich nach Thibaut's Ausführungen[3], fast ohne Widerspruch die Ansicht herrschend, daß das emphyteutische Recht ein Recht an einer fremden Sache (jus in re alinea) sei[4], also insofern mit den Servituten auf einer Linie stehe. Dagegen war man nun darauf bedacht, den charakteristischen Unterschied dieses Rechts von den Servituten genauer zu bestimmen, indem man glaubte, diese Rechte als auch ihrem Inhalt

[166] L. 3. Cod. cit.

[167] L. 1. Cod. h. t.

[168] L. 2. Cod. h. t. Der Emphyteuta kann für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten noch eine besondere Conventionalstrafe versprochen haben; aber daraus folgt noch nicht, daß der Herr auf das gesetzliche Privationsrecht verzichten wolle. Darauf sind wohl in L. 2. cit. die Worte nulla ... vel poena opponenda zu beziehen. Glück, S. 424.

* Artikel in Weiske's Rechtslexikon III. S. 849—884. (1841.)

** Gießener Zeitschr. n. F. III. S. 245—286. (1847.)

[1] Savigny, Recht des Besitzes, 2. Ausg. S. 99 ff.

[2] Savigny in den späteren Ausg. des angeführten Werkes, 6. Ausg. S. 123 ff.

[3] Thibaut, civ. Abh. S. 269 flg. Vgl. dessen Versuche II. 3.

[4] Vgl. Mühlenbruch Pand. §. 294. — Vangerow §. 358. — Göschen, Vorlesungen Bd. II. S. 292. — Sintenis, Civilr. I. S. 533 u. a.

oder ihrer innern juristischen Natur nach wesentlich verschieden begreifen zu müssen. Einen neuen Versuch dieser Art machte Büchel, indem er nämlich die Emphyteuse (und eben so die Superficies) als ein Recht vollständiger, vom Eigenthümer unabhängiger Ausübung fremden Eigenthums darzustellen suchte, von den Servituten dadurch charakteristisch verschieden, daß diese als aus dem Inhalt des Eigenthums abgelöste, zu selbständigen eigenen Rechten ausgeprägte Bestandtheile des Eigenthumsrechts aufzufassen seien [5]. Diesen Versuch habe ich nicht Anstand genommen für gänzlich mißlungen zu erklären, an einem Orte [6], wo ich mich, der Kürze wegen, darauf beschränken mußte, meine Gründe für dieses allerdings sehr bestimmte Urtheil in der Anmerkung nur anzudeuten. Darauf hat nun Büchel [7] nichts anderes erwiedert, als: ich sei gegen seine Theorie aufgetreten in einer Weise, die der Form nach eine Widerlegung unmöglich, der Sache nach aber auch unnöthig mache, weßhalb es genüge, nur auf das von ihm schon 1839 gegen Thibaut Bemerkte zu verweisen. „Hätte Arndts, so sagt der Verfasser, jene Bemerkungen berücksichtigt, so würde er wahrscheinlich seine Ausfälle, die nur auf dem gröbsten Mißverständnisse meiner Ansicht beruhen, unterlassen haben".

Ich erinnere mich wirklich nicht, ob ich damals die fraglichen Bemerkungen berücksichtigt habe; doch ist es mir wahrscheinlich, weil ich zur Zeit der Abfassung meines Artikels über Emphytheuse den zweiten Band von Büchel's Erörterungen, welchem jene Bemerkungen beigefügt waren, schon besaß. Jedenfalls kann ich jetzt versichern, daß sie mir nicht genügend scheinen, um mein obiges Urtheil zurückzunehmen. Aber die Erwiederung des, wie ich zu meinem Bedauern sehe, schon durch die Form meiner Abwehr verletzten Verfassers dient mir zum Anlaß, nunmehr jenes Urtheil ausführlicher zu begründen. Dieß ist denn freilich nicht möglich ohne eine auf das Einzelne eingehende Kritik der Büchel'schen Erörterung, wobei ich wieder leicht in Gefahr kommen kann, durch die Form zu verletzen, weil es meine Gewohnheit ist, meine entschiedene Meinung entschieden auszusprechen, und weil ich es für überflüssig halte, für die Bekämpfung einer Ansicht, die mir falsch scheint, mir erst durch ein Compliment gegen deren Urheber gewissermaßen den Weg zu bahnen. Indessen würde Büchel sich sehr irren, wenn er das Maß meiner Achtung für einen Schriftsteller nur nach der unbefangenen Entschiedenheit, womit ich einzelne Behauptungen desselben bekämpfe, bemessen wollte.

[5] Civilrechtliche Erörterungen N. III. S. 22 ff., 2. Aufl. Bd. I. S. 304 ff.
[6] Rechtslexikon von Weiske, im Art. Emphyteuse, Bd. III. S. 853. (oben S. 214.)
[7] Erörter. 2. Aufl. Bd. I. S. 471.

Der Verfasser theilt die Ansicht, daß dem Emphyteuta kein dominium, auch kein dominium utile, sondern vielmehr nur ein jus in re zustehe, kann aber nicht zugeben, „daß dem Emphyteuta aus dem Umfange des Eigenthums abgelöste und nach Art der Servituten objektiv als selbständiges Recht in Betracht kommende Bestandtheile zuständen; vielmehr ist, nach seiner Ansicht, bei der Emphyteuse das Eigenthum dem Rechte nach noch ein volles und dem Emphyteuta steht nur die Befugniß zu, dasselbe unabhängig vom Eigenthümer auszuüben, so daß ihm die Emphyteuse als das Recht erscheint: fremdes Eigenthum an Grund und Boden gegen Entrichtung eines jährlichen Canon unabhängig vom Eigenthümer, und (so weit dieß mit dem fremden Eigenthume bestehen kann) vollständig auszuüben“ [8].

In diesen Worten faßt Büchel das Wesentliche seiner Ansicht über die Natur des emphyteutischen Rechts zusammen, und sucht dann diese seine Ansicht durch eine ausführliche historisch-dogmatische Erörterung zu begründen. Es scheint mir nun vor Allem darauf anzukommen, ob diese Begriffsbestimmung in sich haltbar sei; denn wenn sich ergeben sollte, daß dieses nicht der Fall sei, daß ihr vielmehr nur durch künstliche, in sich selbst widerspruchvolle Argumentation ein Schein von Wahrheit verliehen werden konnte, so würde sich dann um so leichter die Richtigkeit der aus der historischen Entwickelung des Instituts hergeholten Unterstützungsgründe darthun lassen.

Man könnte nun dem Verfasser wohl unbedenklich beipflichten, wenn er einfach den Inhalt des emphyteutischen Rechts dahin bestimmen wollte, daß es das Recht zu vollständiger und selbständiger Ausübung fremden Grundeigenthums sei; und ich gebe gern zu, daß man in diesem Recht zu *vollständiger* Ausübung der Eigenthumsbefugnisse, oder, mit anderen Worten, in dem weiteren Umfang der Befugnisse des Emphyteuta, einen Unterschied der Emphyteuse von dem Nießbrauche finden könne [9]. Allein der Verfasser verwickelt sich sofort in ein wunderliches Gewinde von unhaltbaren Redensarten, indem er darauf, daß der Emphyteuta *fremdes* Eigenthum ausübe, einen besonders starken Nachdruck legt und eben dadurch den charakteristischen Unterschied der Emphyteuse von allen Servituten hervorzudrücken versucht. Der Emphyteuta, sagt

[8] Erörter. a. a. O. S. 24. 2. Ausg. S. 306.

[9] Mehr als diese Einräumung kann man auch aus der Anführung bei Schilling Institut. §. 177. Not. c. und vollends aus der Definition bei Mühlenbruch Pand. §. 294 nicht folgern, welche beiden Schriftsteller daher Büchel mit Unrecht als entschiedene Anhänger seiner Theorie anführt. Vangerow aber, den der Verf. ebenfalls als beistimmend anführt, erklärt sich sogar ausdrücklich gegen die Theorie desselben. Nur Schneider spricht sich entschieden billigend dafür aus.

er, unterscheidet sich „von dem Servitutberechtigten, namentlich dem Usufruktuar, insbesondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, sondern vielmehr sein eigenes Recht zur Ausübung bringt, obgleich das Recht eine fremde Sache voraussetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, sondern immer nur ein fremdes Recht ausübt, wodurch er sich demnach sowohl vom Eigenthümer, selbst dem dominus utilis, als auch von dem Servitutberechtigten wesentlich unterscheidet; denn alle diese Personen bringen und wollen eigene Rechte zur Ausübung bringen“ [10].

Ich kann mich nicht davon überzeugen, diesem Satze Unrecht gethan zu haben, wenn ich dabei ausrief: „Ein sonderbares Recht wahrlich, wenn der, dem es zusteht, nirgends dasselbe ausüben kann, statt dessen aber ein fremdes Recht ausübt“ [11]. Daß dem Emphyteuta ein Recht zustehe, und zwar ein jus in re, gibt ja der Verfasser zu, und dann kann Niemand etwas dagegen haben, daß man dieses Recht ihm eigen nenne. Dennoch soll der Emphyteuta nirgends ein eigenes Recht ausüben, sondern (indem er von seinem Rechte Gebrauch macht) soll er doch immer nur ein fremdes Recht ausüben! Ich meine noch immer, man brauche diesen Satz nur klar auszusprechen, um inne zu werden, daß hier ein unlogisches Spiel mit Worten getrieben werde, und daß eine Ansicht, zu deren Begründung dieses nothwendig scheint, nicht wohl richtig sein könne.

Doch der Verfasser will ja dem Emphyteuta ein Recht nicht absprechen, das er also als sein Recht auch ausüben kann. Nur „ein, nach Art der Servituten, aus dem Umfange des Eigenthums, und zwar dem Rechte nach, ausgeschiedene Befugnisse enthaltendes Recht“ will er dem Emphyteuta nicht beigelegt haben, nicht „ein wie die Servitut aus dem Umfange des Eigenthums ausgeschiedenes und ein selbständiges Rechtsobjekt bildendes jus“; die Emphyteuse ist ein jus in re, aber es steht doch dem Emphyteuta „vermöge seines Rechts nichts Eigenes zu, was sich als selbständiges, aus dem Eigenthum ausgeschiedenes Objekt seines Rechtes, als jus im Sinne der Servituten darstellte“, weßhalb denn auch die Emphyteuse, „da wo von den jura als aus dem Eigenthume abgelösten und als selbständige Rechtsobjekte gedachten

[10] a. a. O. S. 44. 45., beziehungsweise S. 328. 329. Eben so sagt der Verf. S. 53., dem Emphyteuta gehört, selbst im Falle des vollständigen Erwerbs seines Rechtes, nichts Eigenes, weder ein corpus noch ein ius. Desgleichen bemerkt er S. 65. vom Superficiar, daß er nicht, wie der Eigenthümer, Usufructuar und Usuar, ein eigenes Recht zur Ausübung bringe, sondern immer nur ein fremdes.

[11] Rechtslexikon a. a. O. Anm. 28.

Bestandtheilen, also von den Servituten, die Rede ist, von diesen getrennt wird" [12]. Vielleicht soll darin, daß ich dieses nicht gehörig beachtet habe, das grobe Mißverständniß liegen, dessen ich mich schuldig gemacht haben soll. Sehen wir also, ob dieser Vorwurf gerechtfertigt erscheine, ob jene Ansicht unseres Gegners vor einer genaueren Prüfung, als an dem früher genannten Orte füglich von uns angestellt werden konnte, bestehe?

Büchel's Ansicht über das Wesen der Servituten ist diese: Sie enthalten gewisse, aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums abgelöste Befugnisse, welche einem Andern, als dem Eigenthümer der Sache, dem Servitutberechtigten nämlich, eigenthümlich und selbständig, d. h. dem Rechte nach, so wie sie im Eigenthum enthalten waren, als eigenes und unabhängig vom Eigenthümer zustehendes Recht eingeräumt sind, so daß, so weit diese Befugnisse reichen, dem Rechte nach weniger im Eigenthume enthalten ist. Ihren nächsten Gegenstand bilden eben diese aus dem Umfange des Eigenthums ausgeschiedenen und dem Servitutberechtigten als selbständiges Recht eingeräumten intellektuellen Eigenthumsbefugnisse, und in dieser Beziehung wird die Servitut im römischen Rechte, da die dieselbe bildenden Befugnisse dem Berechtigten als eigenes Recht zustehen, quasi oder auch juris dominium genannt, welches durch juris vindicatio, wie das Eigenthum der Sache, dominium corporis, durch rei vindicatio geltend gemacht werden kann [13]. In einem Nachtrag (1839) hat der Verfasser selbst noch wieder seine Ansicht dahin bezeichnet: „daß nur bei der Servitut eine solche Ablösung aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums in der Art stattfinde, daß nach dieser Ablösung quoad jus so viel weniger im Eigenthum enthalten sei, als eben die abgelösten Bestandtheile betrügen, indem diese nun dem Servitutberechtigten als eigenes Recht in der Art zuständen, daß nur er das fragliche jus als suum in Anspruch nehmen könne" [14].

Ob und in welchem Umfange man die Servituten mit Recht als abgetrennte Bestandtheile des Eigenthums bezeichnen könne, ist seit der ersten Ausgabe von Büchel's Erörterungen Gegenstand mehrfachen Streites gewesen, wogegen denn dieser in Nachträgen zu seiner Schrift seine Ansicht zu vertheidigen gesucht hat [15]. Vangerow will jenes nur in Ansehung der servitutes praediorum urbanorum zugeben, indem bei den übrigen Arten der Servituten die dem Servitutberechtigten eingeräumten Eigen-

[12] Erörter. a. a. O. S. 44. 50. 51.
[13] a. a. O. S. 7–12.
[14] Erörter. II. 2. S. 273 f., 2. Ausg. I. S. 420.
[15] Erörter. 2. Ausg. I. S. 425 ff. 440 ff.

thumsbefugnisse nicht sowohl von dem Eigenthume wirklich abgelöst seien, als vielmehr nur deren Ausübung demselben als selbständiges dingliches Recht gestattet sei, daher durch dieselben nicht eine eigentliche Verminderung der Eigenthumsrechte, sondern nur eine Beschränkung des Eigenthums herbeigeführt werde [16]. Scheurl hat dagegen ausgeführt, nicht die dem Servitutberechtigten eingeräumte Befugniß sei ein vom Eigenthum abgelöster Bestandtheil, sondern vielmehr die jener gegensätzlich entsprechende Eigenthumsbefugniß sei durch die Einräumung der Servitut dem Eigenthümer entzogen, also vom Eigenthum weg veräußert, z. B. bei der Wegegerechtigkeit nicht die Befugniß, über das Grundstück zu gehen, sondern die Befugniß, den Andern daran zu verhindern, oder bei der servitus altius non tollendi nicht das jus altius non tollendi, die Befugniß auch jeden Andern am Höherbauen zu hindern, sondern vielmehr das jus altius tollendi, die Befugniß selbst höher zu bauen [17].

In diesen Bemerkungen von Scheurl liegt nun allerdings etwas Wahres. Man kann nicht bei allen Servituten behaupten, daß die Befugniß, welche dem Servitutberechtigten eingeräumt ist, dem Eigenthümer gänzlich entzogen sei, und man kann eben so wenig behaupten, daß allemal die dem Eigenthume entzogene Befugniß den Inhalt des durch die Einräumung der Servitut gewährten Rechtes ausmache. Es ist offenbar, daß durch die Einräumung einer Wegegerechtigkeit der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht die Befugniß verliert, selbst über dasselbe zu gehen, und es ist nicht minder offenbar, daß das Recht desjenigen, welchem die servitus altius non tollendi zusteht, nicht in der dem Eigenthümer dadurch entzogenen Befugniß, höher zu bauen (jus altius tollendi), bestehe. Es ist ferner richtig, daß in der Einräumung einer affirmativen Servitut die Entäußerung eines sonst dem Eigenthümer zustehenden Verbietungsrechts (jus prohibendi) liegt, in der Einräumung einer negativen Servitut die Entäußerung einer sonst dem Eigenthümer zustehenden positiven Befugniß (jus faciendi oder, um mit Stever und Vangerow zu reden, habendi); jene enthält eine Minderung oder Beschränkung des Eigenthums rücksichtlich der Ausschließlichkeit, diese rücksichtlich des Umfangs oder der Vollständigkeit der rechtlichen Herrschaft über die Sache, und es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Scheurl dieses schon in dem bekannten Satze ausgedrückt findet: Servitutes in patiendo aut in non faciendo consistunt. Allein andererseits ist nicht minder wahr, daß alle Befugnisse, welche als Inhalt einer Servitut

[16] Pand. §. 338. Anm. 1. a. E.
[17] Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. XII. S. 237 ff.

einem Andern eingeräumt sind, aus dem Inhalt des Eigenthums, oder aus dem Gesammtumfang der Eigenthumsbefugnisse abgeleitet werden müssen. Bei den affirmativen Servituten ist dieß von selbst einleuchtend. Dem Servitutberechtigten, als solchem, kann keine Befugniß zustehen, die nicht, wenn die Servitut nicht bestände, dem Eigenthümer zustehen würde. Die Einräumung dieser positiven Befugnisse, als Inhalt eines selbständigen, dem Eigenthume beschränkend gegenübertretenden Rechts, ist das Wesentliche bei der Bestellung der affirmativen Servitut, dasjenige, worauf auch der Wille der Constituenten zunächst gerichtet ist, woraus denn von selbst folgt, daß das Verhinderungs- oder Verbietungsrecht des Eigenthümers wegfällt, so weit jene Befugnisse reichen; es ist willkürlich und der Natur der Sache zuwider, hier das letzte in den Vordergrund zu schieben und erst aus der Entäußerung desselben die Einräumung der Befugnisse als Folge abzuleiten. Ich kann Büchel nicht Unrecht geben, wenn er dieß eine Umkehrung des Verhältnisses nennt; das Verkehrte dieser Auffassung zeigt sich einleuchtend darin, daß die Römer die Bestellung z. B. einer Wegegerechtigkeit nicht als ein Aufgeben des jus prohibendi, ne eat agat, sondern als ein dare des jus eundi agendi darstellten. Aber auch bei den negativen Servituten ist ein solcher positiver Gesichtspunkt gegeben. Der Inhalt z. B. der servitus altius non tollendi besteht nicht bloß darin, daß man dem Eigenthümer das Höherbauen zu verwehren berechtigt ist; die Einräumung derselben nicht bloß darin, daß der Eigenthümer auf das ihm sonst zustehende jus altius tollendi verzichtet. Der Inhalt dieser Servitut besteht vielmehr darin, daß wider Willen des Servitutberechtigten überhaupt von Niemanden höher gebaut werden darf, daß also der Servitutberechtigte allen und jeden, wer sie auch sein mögen, das Höherbauen zu verwehren, gegen jeden die Beseitigung des widerrechtlich unternommenen Höherbaues zu verlangen befugt ist. Das ist aber ohne Zweifel eine an sich im Eigenthume enthaltene Befugniß, jedem das Höherbauen zu untersagen; diese Befugniß also überträgt der Eigenthümer durch die Bestellung der Servitut, so daß nun der Servitutberechtigte jenes Verbietungsrecht eben so unbedingt gegen alle anderen Personen, den Eigenthümer selbst nicht ausgeschlossen, erlangt, wie es diesem zustand. Daraus folgt denn freilich nicht, daß nun der Eigenthümer dieses Recht verliere, so wenig wie aus Einräumung der Wegegerechtigkeit, daß er die Befugniß selbst über das Grundstück zu gehen verliere; er verliert überall von seinen Eigenthumsbefugnissen nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen

unvereinbar ist. So haben also beide Betrachtungsweisen ihr Recht und ihre Wahrheit; was der Eigenthümer jedenfalls verliert, ist allerdings ein den Befugnissen des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechendes Recht; was aber der Servitutberechtigte gewinnt, ist dennoch allemal dem Inhalt des Eigenthums entnommen, ein Eigenthumselement, wie auch Scheurl sagt, das nun, vom Eigenthum in so weit abgesondert, den Inhalt eines selbständig dem Eigenthum gegenüberstehenden Rechts bildet, ein innerlicher Bestandtheil des Eigenthums, wie Puchta sagt, der nun davon getrennt ist.

Ich halte nun ferner mit Büchel auch die von Vangerow aufgestellte Unterscheidung für ungegründet. Das Hauptargument dafür, daß sich nämlich nur unter dieser Voraussetzung gewisse die servitutes praediorum urbanorum betreffende Rechtssätze erklären, entscheidet nichts, weil diese Erklärung selbst sehr problematisch ist [18]; in L. 5. §. 9. D. 39. 1. aber eine Bestätigung der Meinung, daß nur durch die servitutes praediorum urbanorum eine eigentliche Verminderung der Eigenthumsrechte bewirkt werde, zu finden, das ist nur mittelst willkürlicher Interpretation möglich. Die Worte „posteaquam jus suum deminuit alterius auxit" hat der Jurist gewiß nur als passende Beschreibung des Servitutverhältnisses eingeflochten, ohne auch nur entfernt daran zu denken, daß er dadurch eine besondere Eigenthümlichkeit der Gebäudeservituten bezeichne; es ist ganz zufällig, daß sie hier gerade in besonderer Beziehung auf Gebäudeservituten vorkommen [19], und zuverlässig würde kein römischer Jurist Anstand genommen haben, sich derselben Ausdrucksweise auch in Beziehung auf andere Servituten zu bedienen. Mit Recht sagt Sintenis, daß eine Beschränkung des Eigenthums immer auch auf eine Verminderung der Eigenthumsbefugnisse hinauslaufe, und sofern jene zu Gunsten eines anderen Grundstücks eintritt, wird sie eben auch immer eine Erweiterung der Eigenthumssphäre des letzten mit sich bringen. Kein anderer Gedanke liegt zum Grunde, wenn gefragt wird: quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo [20]? und wenn die

[18] Büchel a. a. O. S. 425 ff. — Vgl. Sintenis Civilrecht §. 57. not. 2.

[19] Vangerow hat in dem Satze: »hoc est posteaquam servitutem aedibus suis imposuit« das aedibus unterstrichen, wahrscheinlich, um dadurch hervorzuheben, daß die vorhergehenden Worte nur auf Gebäudeservituten bezogen werden könnten. Es wird aber wohl Niemand zweifeln, daß der Gedanke des Verfassers auch auf den Fall sich erstrecke, wenn auf einem zur Zeit noch gar nicht bebauten Grundstück zu Gunsten eines anderen Grundstücks z. B. die servitus altius non tollendi eingeräumt worden ist; der Jurist kann daher auf das Wort aedibus gar nicht einmal so besonderes Gewicht gelegt haben wollen.

[20] L. 86. D. de V. S.

Servitut sowohl im passiven als im activen Sinne als conditio fundi aufgefaßt wird [21]).

Nach dem Gesagten gebe ich also zu, daß man den Gesammtinhalt des Eigenthums, d. i. des Rechts absoluter Herrschaft über eine Sache, als ein intellektuelles Ganze auffassen könne, und die Servitut als einen daraus entnommenen Bestandtheil, der für sich betrachtet zu einem selbständigen Recht ausgeprägt ist; in so weit stimme ich mit Büchel überein. Gleichwohl kann ich nicht seine ganze Ausführung als richtig unterschreiben. Vorerst kann ich es nicht richtig finden, wenn er jene als selbständiges Recht eingeräumten Eigenthumsbefugnisse den nächsten Gegenstand der Servitut nennt, daher von jenen Eigenthumsbestandtheilen als selbständigen Rechtsobjekten redet und die Servitut als ein ein selbständiges Rechtsobjekt bildendes jus bezeichnet, dessen dominium eben dem Servitutberechtigten zustehe. Dieser Auffassungsweise steht alles das entgegen, was besonders von Puchta [22] so schlagend gegen Du Roi [23] bemerkt worden ist. Man kommt auf diese Weise unvermeidlich zur Annahme eines Rechts, das an sich noch kein Recht, sondern erst der Gegenstand eines Rechts wäre, was, wie Vangerow mit Recht sagt, ein logisches und juristisches Unding ist. Man kann die den Inhalt der Servitut bildenden Befugnisse nicht in demselben Sinne Gegenstand der Servitut nennen, wie man die Sache als den Gegenstand des Eigenthums bezeichnet, und nicht in dieser Art dominium rei und dominium juris einander entgegensetzen. Vielmehr muß man dann consequent auch beim Eigenthum nicht die Sache, sondern die den Inhalt des Eigenthums bildenden Befugnisse (was Kierulff in anderem Sinne Rechtsobjekt nennt) als Gegenstand des Eigenthums nennen und so dominium dominii oder, wie es im Gegensatze des Ususfructus auch die Römer nennen, dominium proprietatis und dominium juris in re aliena entgegensetzen; wo denn offenbar ist, daß sich das Wort dominium in den vagen allgemeinen Begriff des wirklichen rechtlichen Habens, der Zuständigkeit eines Rechts verläuft, wie man auch im Deutschen Eigenthum im weiteren Sinne Alles, was Jemand im Vermögen hat, nennt. In der That ist die Sache selbst der eigentliche Gegenstand sowohl der Servituten wie des Eigenthums im engeren Sinne, welche Rechte sich nur durch den verschiedenen Inhalt oder Umfang der auf die Sache bezüglichen Befugnisse unterscheiden. Ein Servitutrecht existirt erst, wenn es Jemanden erworben

[21] L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3.
[22] Im Rhein. Mus. I. S. 286 ff.
[23] Vgl. Arch. f. civ. Prax. VI. 14.

ist; vorher ist es als selbständiges Recht noch gar nicht da, und sobald es da ist, gehört es auch Jemanden, dem es eigen ist, nimmermehr aber kann das jus zugleich sein eigener Gegenstand, das Recht zugleich das Rechtsobjekt sein. Ein Recht (jus), welches selbständiges Objekt desjenigen Rechtes ist, vermöge dessen dem Berechtigten etwas Eigenes zusteht, was sich als eben jenes selbständige Objekt seines Rechts darstellt! oder ein Recht, vermöge dessen dem Berechtigten etwas Eigenes zusteht, was sich als selbständiges Objekt eben jenes seines Rechtes, d. h. wieder als jus, Recht, darstellt! Wahrlich, das ist klar und deutlich! Was zu dieser Verwirrung der Begriffe Anlaß gibt, ist Folgendes:

Ein Recht kann wohl Gegenstand des Erwerbens oder einer darauf gerichteten juristischen Handlung, z. B. der mancipatio oder in jure cessio, sein; es kann als Gegenstand des Habens, als Vermögens-Objekt oder Bestandtheil aufgefaßt werden; es kann Gegenstand der gerichtlichen Verfolgung (juris vindicatio) sein, welche wesentlich in der Behauptung besteht, daß dem Kläger dieses Recht wirklich zustehe. Alles dieses gilt vom Eigenthum an einer Sache eben so, wie von anderen beschränkteren Rechten an derselben. Nun pflegt man aber, wenn vom Eigenthum die Rede ist, weil dieses die ganze Sache ergreift und sich mit derselben gewissermaßen identificirt, diese selbst als den Gegenstand des Erwerbens, Habens, Verfolgens zu nennen. Bei anderen Rechten an der Sache ist dieß nicht thunlich; hier muß man das Recht nennen, um sich verständlich zu machen, indem man sich dieses zunächst in abstracto seinem Inhalt nach vorstellt, obwohl es wirklich nur besteht, sofern es einem bestimmten Subjekt zusteht. So kommt es denn, daß Rechte (res incorporales) und Sachen (res corporales) als verschiedene Gegenstände in Parallele gestellt werden, daß man z. B. rei oder corporis und juris vindicatio gegenüberstellt [24], die rei vindicatio von der ususfructus oder servitutis vindicatio unterscheidet [25]. Es ist aber dabei nicht zu übersehen, daß auch die rei vindicatio in der That nichts Anderes ist, als eine juris vindicatio, nämlich, wie sie auch einmal genannt wird [26], dominii vindicatio [27].

[24] Fragm. Vat. §. 92.

[25] L. 5. §. 1. 2. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 2. pr. §. 1. D. si servitus vind. 8. 5. cf. D. de rei vind. 6. 1.

[26] L. 3. Cod. de rer. amot. act. 5. 21. Vgl. Fragm. Vat. §. 315. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. de lib. causa. 40. 12.

[27] Ich abstrahire hier absichtlich von der ursprünglichen formellen Bedeutung des Wortes vindicatio, welche dem späteren Rechtsbewußtsein fern lag; es ist klar, daß für die begriffmäßige Auffassung der Verhältnisse nicht die, so zu sagen, handgreifliche Anschauungsweise der älteren Zeit,

Hieraus ergibt sich nun von selbst, daß es völlig nichtssagend ist, wenn man darin einen wesentlichen Unterschied der Servitut und der Emphyteuse finden will, daß jene in besonderem Sinn ein jus sei, das nämlich als selbständiges Rechtsobjekt gedacht werde, während dem Emphyteuta nichts Eigenes zustehe, was sich als selbständiges Objekt seines Rechts, als jus in jenem Sinne darstellte. Wer dem Emphyteuta nicht das Eigenthum der Sache beilegt, kann ganz in demselben Sinne, wie bei Servituten, von Haben oder Erwerben dieses Rechts, von Verfügungen über dieses Recht u. s. w. reden, das Recht als etwas dem Emphyteuta Eigenes, als ein Vermögensobjekt auffassen; dieses läugnen, wäre eben so viel, als die Existenz des Rechtes läugnen; in einem anderen Sinne aber bilden auch die Servituten keine Rechtsobjekte. Der unmittelbare Gegenstand des Rechtes ist sowohl bei den Servituten, wie bei der Emphyteuse, die fremde Sache; bei den Servituten so wenig, wie bei der Emphyteuse, ist das Recht selbst Gegenstand des Rechtes. Dagegen ist das, was dem Berechtigten zusteht (gehört, eigen ist), sowohl bei der Emphyteuse, wie bei den Servituten, nur das Recht, nicht die Sache (d. i. deren Eigenthum)[28].

Indessen legt Büchel in seiner Unterscheidung noch ein besonderes Gewicht darauf, daß die Servituten Rechte seien, welche aus dem Umfange des Eigenthums, und zwar dem Rechte nach, ausgeschiedene (wirklich abgelöste) Befugnisse enthalten, und er bringt dieses in die engste Verbindung mit der Auffassung dieser jura als selbständiger Rechtsobjekte. Dagegen soll bei der Emphyteuse das Eigenthum dem Rechte nach, oder, wie der Verfasser auch sagt, seinem intellektuellen Umfange nach, noch ein volles sein; der Emphyteuta soll keine vom Eigenthum ausgeschiedene Befugnisse erworben, sondern nur das Recht haben, das fremde Eigenthum (d. h. wohl die dem Rechte nach immer noch dem Eigenthümer ungeschmälert zustehenden Eigenthumsbefugnisse) auszuüben. Um den inneren Gehalt dieses Gegensatzes ans Licht zu ziehen, wollen wir mit der Emphyteuse den Usufructus als die jener am nächsten verwandte Servitut vergleichen.

Der Usufructuar hat das Recht, die Sache zu gebrauchen und deren Früchte zu ziehen; dieses Recht steht dem Emphyteuta ebenfalls zu, sogar

sondern vielmehr die der ausgebildeten Rechtswissenschaft maßgebend sein müsse. So wird auch das eigentliche Wesen der Erbschaftsklage durch den erst in späterer Zeit vorkommenden Ausdruck successionis vindicatio dem juristischen Begriff angemessener bezeichnet, als durch den althergebrachten hereditatis petitio. Vgl. meine Beiträge I. S. 21.

[28] Daß der Rechtsphilosoph hier, aber eben so auch bei der Abtrennung des Nießbrauches, das Eigenthum eine leere Rechtsdichtung nennt (Röder, Rechtsphilosophie S. 220.), kann bei unserer Erörterung begreiflich nicht in Betracht kommen.

noch weniger beschränkt. Das Recht des Usufructuars ist ein Recht an der Sache selbst (jus in re); er hat und übt es unabhängig vom Eigenthümer und kann es durch eine dingliche Klage gegen diesen wie gegen jeden Dritten geltend machen; alles dieses ist bei der Emphyteuse nicht anders. Die Befugnisse sowohl des Emphyteuta wie des Usufructuars sind ferner durchaus solche, die an sich im Eigenthum enthalten sind, sie sind vom Eigenthum abgeleitet, dem Umfange der Eigenthumsbefugnisse entnommen und fallen durch das Erlöschen jener Rechte von selbst wieder an den Eigenthümer zurück; so lange aber dieselben bestehen und soweit sie reichen, muß der Eigenthümer sich der Ausübung der ihm sonst zustehenden entsprechenden Eigenthumsbefugnisse enthalten und kann diese ihm eben so gut wie jedem Anderen durch die Geltendmachung des dinglichen Rechts verwehrt werden; sein Eigenthum ist in soweit durch das Dasein dieses Rechts beschränkt oder geschmälert. Nun aber soll hier sich ein bedeutender Unterschied ergeben; dem Usufructuar sollen jene Befugnisse dem Rechte nach als eigene zustehen, sie sollen dem Rechte nach vom Eigenthümer wirklich abgelöst sein; bei der Emphyteuse sollen sie dem Rechte nach noch dem Eigenthümer zustehen, das Eigenthum soll dem Rechte nach noch ein volles, ungeschmälertes sein, nur deren Ausübung soll ihm entzogen sein, dem Emphyteuta also nur das Recht zur Ausübung des fremden Rechts zukommen, so daß er nirgends ein eigenes, sondern immer nur ein fremdes Recht zur Ausübung bringt, während derjenige, dem das Recht zusteht, nirgends dasselbe auszuüben berechtigt ist. Man versuche es, dieses urtheilsfähigen Laien verständlich zu machen; ich bin überzeugt, sie werden kopfschüttelnd denken: die Juristen seien curiose Leute, und ich meinerseits, obgleich ich mir einige Uebung juristisch zu denken zutraue, würde hier mich willig unter die Laien einreihen lassen. Denn was könnte man sich Wirkliches, Wesenhaftes dabei denken? Wollte man annehmen, bei dem Usufructus werde zuvor ein Stück vom Eigenthum (das jus utendi fruendi) intellektuell abgeschnitten, dieses Eigenthumsstück bilde nun ein selbständiges Rechtsobjekt, und wer daran ein Recht (das Eigenthum) erwerbe, der habe nun die Servitut des Usufructus erworben, so wäre dieses offenbar falsch; denn die Ablösung des jus utendi vom Eigenthum tritt erst dadurch ein, daß ein Anderer den Usufructus erwirbt, und die abgelösten Eigenthumsbefugnisse bilden, wie wir gesehen haben, nicht den Gegenstand, sondern den Inhalt der entstandenen Servitut. Wenn man aber, bloß um den Begriff zu bilden, sich die den Inhalt der Servitut bildenden Befugnisse in abstracto vom Eigenthum getrennt denkt, so kann man dieß in

Ansehung der Emphyteuse nicht anders machen; denn ohne dieß könnte man überall keinen Begriff derselben als eines vom Eigenthum verschiedenen und unabhängig demselben gegenüberstehenden jus in re aufstellen. Und wenn man nun als Inhalt der Emphyteuse das Recht zu vollständiger Ausübung des fremden Eigenthums angibt, d. i. das Recht zur Ausübung aller wesentlichen Eigenthumsbefugnisse an der einem Anderen gehörenden Sache, so sagt man damit nichts Anderes, als daß eben dieses Recht, so lange die Emphyteuse besteht, vom Eigenthume getrennt nun dem Emphyteuta zustehe, so wie beim Usufructus das beschränktere jus utendi vom Eigenthume getrennt dem Usufructuar erworben ist. Es ist ein leeres Gerede, dort das Eigenthum dem Rechte nach noch ein volles zu nennen. Büchel selbst macht sich die Einwendung: „Zwar könnte man nun glauben, gerade das Recht der Eigenthumsausübung sei der Gegenstand der Emphyteuse, und sonach sei eben die Ausübung des Eigenthums das aus dem Umfange desselben Ausgeschiedene und dem Emphyteuta als Objekt eines selbständigen Rechts Eingeräumte". Er sucht aber diese Einwendung zu beseitigen, indem er fortfährt: allein die Ausübung ist nur die formale Seite des Eigenthums und ohne das Objekt in sich gehaltlos, kann also nicht selbst Gegenstand eines Rechts sein; vielmehr ist hier der Gegenstand, und zwar der unmittelbare Gegenstand des Rechts, immer das fremde Eigenthum"[29]. Der Verfasser wolle es nicht übel nehmen, wenn ich gegen die Einwendung selbst wie gegen deren Beseitigung Einiges einzuwenden habe. Es wird wohl nicht leicht Jemand mit ihm sagen: das Recht der Eigenthumsausübung sei der Gegenstand der Emphyteuse, d. i. des emphyteutischen Rechts; man würde nur etwa sagen: das letzte bestehe in dem ersten, das Recht zur Eigenthumsausübung mache den Inhalt des emphyteutischen Rechts aus, und dieß könnte man mit vollem Recht sagen, wenn die Bezeichnung des Wesens der Emphyteuse, die der Verfasser gibt, überhaupt zuläßig ist. Man wird ferner nicht sagen: die Ausübung des Eigenthums sei also das aus dem Umfange des Eigenthums Ausgeschiedene; denn die Ausübung des Eigenthums ist gar nicht im Eigenthum enthalten; sie ist gar keine Seite des Eigenthums, weder eine formale noch eine materiale; sie ist nichts als ein dem Rechte entsprechendes Faktum. Man würde nur etwa sagen: die Befugniß zur Ausübung des Eigenthums sei das von demselben Ausgeschiedene, und dieß könnte man wieder mit Recht sagen, in sofern man darunter die

[29] Erörter. a. a. O. S. 45. 2. Ausg. I. S. 329. Später (S. 51.) heißt es: „Der unmittelbare Gegenstand seines Rechts ist immer das fremde Grundstück".

Befugniß zu allen denjenigen Verfügungen in Ansehung der Sache, zu welchen an sich der Eigenthümer berechtigt ist, versteht: nur dürfte man freilich nicht hinzusetzen, daß sie das dem Emphyteuta als Objekt seines selbständigen Rechts Eingeräumte sei; denn sie ist (in jenem allein zulässigen Sinne genommen) nicht das Objekt des emphyteutischen Rechts, sondern das emphyteutische Recht selbst, der Inhalt desselben. Diese Befugniß ist dann freilich ohne das Objekt (die Sache) gehaltlos, weil ohne dieses die Ausübung gar nicht möglich ist, aber sie ist eine höchst materiale Seite des Eigenthums, so material, daß ohne sie, so lange sie fehlt, das Eigenthum nicht ganz mit Unrecht ein bloßes Scheineigenthum, eine leere Rechtsdichtung, ein ruhendes Eigenthum genannt werden kann. Und wenn endlich gesagt wird: der unmittelbare Gegenstand des Rechts sei immer das fremde Eigenthum, so kann dieß entweder nichts Anderes heißen, als: der Emphyteuta ist Eigenthümer, wenn man nämlich als Objekt seines Habens das Eigenthumsrecht betrachtet, wo es denn freilich ein Widerspruch wäre, dieses noch ein fremdes zu nennen; oder es heißt eben so viel als: der unmittelbare Gegenstand des Rechts ist das fremde Grundstück, und dann kann man in demselben Sinne von allen Servituten sagen, daß ihr unmittelbarer Gegenstand die fremde Sache sei.

Die bisherige Ausführung hat, wie ich glaube, zur Genüge ergeben, daß die Theorie unseres Gegners unhaltbar ist. Ich freue mich, in dieser Beziehung auch Andere als übereinstimmend mit mir anführen zu können. Sintenis urtheilt: auf solchen Wegen lasse sich kein Ziel erreichen, sie führen entweder ins Unendliche oder im Kreise herum [30], und Thibaut sagt, daß er es nicht über sich erhalten könne, von Personen, welche nur ein jus in re aliena haben, sagen zu können, daß sie doch am Ende fremdes Eigenthum gleichsam stellvertretend ausüben; er könne dieses nicht für consequenter halten, als das namentlich von Tigerström versuchte bloß procuratorische dominium civile des Ehemannes an den Dotalsachen der Frau [31]. Büchel referirt diese Aeußerung Thibaut's mit den Worten: er könne es nicht über sich gewinnen, „sich die unabhängige Ausübung eines Rechts ohne das Recht selbst zu denken", und entgegnet dann darauf: diese Bemerkung sei ihm deßhalb aufgefallen, weil doch Thibaut selbst bei z. B. dem Usufruct lehre, daß eine Uebertragung desselben quoad jus an einen Dritten nicht möglich sei, wohl aber eine Ueberlassung der Ausübung nach, also quoad exercitium. „Verkauft

[30] Civilr. I. S. 331.
[31] Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 326. not. 22.

demnach der Usufructuar seinen Usufruct an einen Anderen, so erlangt letzterer nur das Recht der unmittelbaren und unabhängigen Ausübung des fremden Usufructs. Aehnlich verhält es sich bei der Cession eines Forderungsrechts, wodurch der Cessionar gleichfalls nur das Recht der selbständigen Ausübung des fremden Forderungsrechts zu eigenem Vortheile erlangt. Wenn also Thibaut in diesen Fällen das Recht zur unabhängigen Ausübung ohne das Recht selbst sich denken kann, warum nicht auch beim Eigenthume"?[32]

Hiergegen ist aber zu erinnern, daß man demjenigen, welchem der Usufructuar den Usufructus überlassen, keineswegs in demselben Sinne eine unabhängige oder selbständige Ausübung dieses fremden Rechts beilegen kann, in welchem man bei der Emphyteuse von unabhängiger Ausübung des fremden Eigenthums sprechen mag. Der Käufer des Usufructus z. B. erlangt kein anderes Recht, als ein Forderungsrecht gegen den Usufructuar, daß er ihm die Ausübung des Usufructus überlasse und gewähre; er unterscheidet sich vom Pachter wesentlich nur dadurch, daß ihm ein für allemal die Ausübung des Nießbrauchs für einen Preis überlassen sein soll, während der Pachter dieselbe gegen einen nach der Zeitdauer der Benutzung zeitweise zu zahlenden Pachtzins erhält. Er erlangt also kein dingliches Recht, kein Recht an der Sache, jus in re, das er gegen den Verkäufer wie gegen jeden Anderen durch in rem actio geltend machen könnte. Wenn er gegen dritte Personen das Recht klagend verfolgen will, so kann er dieses nur, indem er als procurator in rem suam die confessoria actio des eigentlichen Usufructuars anstellt, also nur als dessen Stellvertreter das Recht desselben geltend macht. Ganz anders verhält sich dieß bei der Emphyteuse. Der Emphyteuta hat, wie auch Büchel annimmt, ein dingliches Recht, ein jus in re, und nimmt eben deßhalb auch dem Eigenthümer gegenüber eine ganz selbständige unabhängige Stellung ein, gerade so wie der Usufructuar; er leitet wohl sein Recht ab von dem Eigenthümer, der es ihm eingeräumt hat, aber sobald er's erworben hat, kann er es sowohl gegen ihn wie gegen jeden Anderen völlig selbständig behaupten, eben so wie derjenige, welcher das Eigenthum von einem Anderen erworben hat, dieses gegen seinen Auctor behaupten kann. Er hat eine dingliche Klage auch gegen den Eigenthümer, die dem Käufer des Usufructus gegen den Usufructuar nicht zustehen kann, und diese dingliche Klage, womit er sein Recht gegen jeden verfolgt, mag man sie immerhin rei vindicatio nennen, ist keine Eigenthumsklage, keine Klage aus dem

[32] Erörter. II. 2. S. 282., 2. Ausg. I. S. 430.

Eigenthume des dominus emphyteuseos, wie Büchel selbst wieder mit Recht bemerkt, „so wenig wie die rei vindicatio des successor singularis eine Klage aus dem Eigenthume seines auctor ist", sondern sie ist eine Klage „bloß aus dem Rechte des Emphyteuta" [33]. Dieses (eigene) Recht des Emphyteuta ist der unmittelbare Grund seiner Klage, und, indem er dieselbe anstellt, tritt er dem Beklagten durchaus nicht als Stellvertreter des Eigenthümers, nicht als procurator in rem suam, gegenüber, sondern streitet proprio marte, ganz selbständig und unabhängig vom Eigenthümer. Dieser Unterschied von dem obigen Fall ist so bedeutend und tief eingreifend, daß Büchel's Entgegnung gegen Thibaut, ihn verkennend, jeder Kraft ermangelt und nicht im mindesten geeignet ist, mich zur Erkenntniß eines groben Mißverständnisses, dessen ich mich angeblich schuldig gemacht habe, zu bringen. Denn das ist gerade der Nerv in Thibaut's Einwendung, daß er sich nicht entschließen kann zur Annahme eines selbständigen dinglichen Rechts, das doch kein eigenes Recht, sondern nichts als stellvertretende Ausübung eines fremden Rechts sein soll. Uebrigens hat das auch eine erhebliche materielle Bedeutung, wenn gesagt wird, der Usufructus könne nicht dem Rechte nach auf einen Anderen übertragen werden. Derselbe ist nämlich als Personalservitut seinem rechtlichen Bestande nach an die Person des Usufructuars geknüpft, durch deren Tod (oder capitis deminutio) er nothwendig erlischt. Sollte daher der Usufructus auf einen Anderen übertragen werden, so daß dieser nunmehr der wahre Usufructuar wäre, so würde darin eine wesentliche Veränderung des Rechtsverhältnisses liegen; der Usufructus in der Person des B ist auch objektiv betrachtet gar nicht dasselbe Recht, wie der Usufructus des A, und es kann für den Eigenthümer einen großen Unterschied machen, ob der eine oder der andere der Usufructuar sei. Bei der Emphyteuse aber, die selbst dem Rechte nach vollkommen übertragbar ist, hat es keine praktische Bedeutung, wenn man sagt, die Befugnisse, welche ihren Inhalt bilden, seien dem Rechte nach noch beim Eigenthümer geblieben.

Bisher habe ich vorzüglich nur durch logische Argumentation die Unhaltbarkeit und die inneren Widersprüche der Theorie des Gegners darzuthun versucht, was leider nicht ohne einige Weitläufigkeit geschehen

33 Erörter. a. a. O. S. 47. Durch das, was unser Gegner hier über die Klage des Emphyteuta sagt, verwickelt er sich wieder in lauter Widersprüche und Unbegreiflichkeiten. Denn eine Klage „bloß aus dem Rechte des Emphyteuta", das doch wieder gar nichts Eigenes des Emphyteuta sein soll, wäre eigentlich eine Klage aus keinem Recht. Mit viel besserem Rechte könnte man, wie Du Roi, die Klage des Emphyteuta sowohl als die Klage des Usufructuars eine Eigenthumsklage nennen, nämlich eine Klage aus dem Eigenthum des emphyteutischen Rechts, beziehungsweise des Usufructus, wenn man einmal einen solchen vagen Begriff von Eigenthum gelten läßt.

konnte. Um mich der Pflicht der Rechtfertigung gegen denselben vollständig zu entledigen, bleibt mir noch übrig, auch den Gebrauch, welchen er von seiner Grundansicht macht, und die Bestätigungen, die er in unseren Rechtsquellen für dieselbe zu finden glaubt, näher zu beleuchten.

Zunächst, glaubt Büchel, entspreche seine Ansicht von dem Wesen der Emphyteuse vollkommen der historischen Grundlage und Bildung des Instituts. Bekanntlich waren, so sagt er, die agri vectigales der Municipien und Kirchen, so wie die agri emphyteuticarii eine Nachbildung des Rechts der Besitzer an dem alten ager publicus und fundus provincialis. Daß aber den Besitzern an diesen kein Eigenthum, auch nicht das in bonis oder ein dominium utile zugestanden habe, darüber herrsche nach Niebuhr's, Savigny's und Birnbaum's verdienstvollen Ausführungen wohl kein Zweifel; lege doch Gaius ausdrücklich dem Besitzer an dem fundus provincialis nur possessionem et usumfructum bei, das Eigenthum aber (dominium) dem römischen Volke oder dem Cäsar [34], was so viel heiße, daß jenem nur die unmittelbare Ausübung des Eigenthums zustehe, das Eigenthum selbst aber, seinem vollen Inhalte nach, rechtlich diesem gehöre, „so daß also das Recht des Besitzers auch nicht etwa als ein den Servituten nachgebildetes, nur in weiterem Umfange eintretendes, einzelne aus dem Umfange des Eigenthums — selbst der Proprietät nach — abgelöste und nach ihrer Ablösung neben dem Eigenthume als selbständiges Rechtsobjekt bestehende Bestandtheile umfassendes Recht (quasi dominium juris) betrachtet werden könne". Wäre dieses der Fall, so hätte consequent der Besitzer auch eine Servitut, und zwar nach Civilrecht, an dem Provinzialgrundstück müssen bestellen können; dieß sei aber bekanntlich nicht möglich gewesen, eine Servitut habe er eben auch nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach einräumen können [35]. Was nun hiernach bei dem Vorbilde gegolten, das werde doch eben so auch bei dem Nachbilde, bei der Emphyteuse, stattgefunden haben.

Leider ist hierbei auch wieder das Wichtigste übersehen. Das Charakteristische nämlich in dem Rechtsverhältniß der Possessionen des ager publicus, und daher auch, soweit dieser auf gleicher Linie steht, des Provinzialgrundbesitzes, war dieses, daß der Besitzer dem wahren Eigenthümer, d. i. dem Volke oder dem Cäsar gegenüber, gar kein Recht hatte, daß ihm der Besitz jederzeit, ohne eine Rechtsverletzung, nach

[34] Gai. II. 7. 21. cf. Theophil. ad §. 40. J. de rer. div. 2. 1.
[35] Gai. II. 31. Fragm. Vat. §. 61.

willkürlicher Verfügung des Eigenthümers wieder entzogen werden konnte, daß also sein Recht an der Sache ein ganz precäres, fortwährend von der Gnade des Eigenthümers abhängiges war. Dahin geht namentlich die Ansicht Birnbaum's in Ansehung der Provinzialgrundstücke[36]. Das Recht am ager vectigalis oder emphyteuticarius dagegen, so wie es im römischen Recht ausgebildet vor uns liegt, hat keineswegs einen solchen precären Charakter; es ist auch dem Eigenthümer selbst gegenüber ein vollkommen gesichertes unabhängiges Recht; es kann auch gegen den Eigenthümer selbst durch dingliche Klage verfolgt werden[37]. Mag man immerhin die Entstehung des Rechtsinstituts irgendwie in historische Verbindung mit jenen älteren Verhältnissen bringen, so darf man davon doch nicht in der Weise des Verfassers Gebrauch machen; man könnte sonst „aller Vermuthung nach" annehmen, daß der Eigenthümer nach Belieben ohne alle Entschädigung das emphyteutische Grundstück wieder einziehen könne, weil dieses bei jenen „Vorbildern" auch der Fall gewesen.

Uebrigens sind auch die Voraussetzungen selbst, von welchen der Verfasser in seiner historischen Betrachtung ausgeht, von sehr bedenklicher Natur. Er nimmt nämlich an, daß an Provinzialgrundstücken überhaupt kein Privateigenthum der Besitzer, auch nicht das in bonis oder ein dominium utile, stattgefunden habe, und deßhalb dann auch keine civilrechtlichen Servituten an denselben möglich gewesen seien. Dieß ist jedenfalls durch die von ihm angeführten Schriftsteller nicht außer Zweifel gesetzt. Ich will darauf kein Gewicht legen, daß selbst Birnbaum, der am weitesten geht, das Recht der Provinzialbesitzer mehrmals eine Art unvollkommenen Eigenthums nennt, welches nur nach und nach ein vollkommenes geworden sei, ein Recht, welches wie wahres Eigenthum einen Gegenstand des Verkehrs bildete, veräußert und vererbt und durch dingliche Klage gegen jeden verfolgt werden konnte, und nur dadurch vom wahren Eigenthum sich unterschied, daß es rechtmäßig durch Beschluß des Volkes oder Kaisers eingezogen werden konnte. Aber Birnbaum scheint auch nicht behaupten zu wollen, daß aller Provinzialgrundbesitz in jenem Verhältniß gestanden habe. Er sagt nur, daß in den Provinzen der größte Theil des Grundeigenthums als Eigenthum des römischen Volkes angesehen worden sei, und daß die Staatsdomänen, an welchen allein dasselbe stattfand, nach der Weise, wie die Provinzen zum Reiche kamen, in einigen seltener als in anderen vorgekommen und

[36] Die rechtl. Natur der Zehnten S. 52 ff. S. 68. 77.

[37] L. 1. §. 1. D. si ager vectig. pet. 6. 3.

in Gallien und in den den Deutschen abgenommenen Provinzen nur besonders häufig gewesen seien [38]. Er denkt dabei wohl vorzüglich an den Grundbesitz in den Gebieten freier verbündeter Städte, von welchen Niebuhr mit Recht bemerkt, daß ihn wohl auch Gaius selbst als Ausnahme gelten lassen würde [39]. Es ist aber aus Cicero bekannt, daß es auch ohne Bündniß, namentlich in Sicilien, sowohl zehntpflichtige als steuerfreie Grundstücke gab, an denen wahres Privateigenthum, obwohl nicht römisches, stattfand [40], in Beziehung auf welche Niebuhr es der römischen Jurisprudenz als eine Versündigung vorwirft, daß sie das Eigenthum derselben dem Volke oder dem Kaiser zugeschrieben habe. Daher sagt auch Savigny [41], daß „dieses Obereigenthum" nichts Wirkliches, sondern nur eine publicistische Hypothese zur Erklärung der Grundsteuer gewesen sei, indem man die Grundstücke, wie Aggenus sagt, nur deßhalb publica (d. i. dem Volke gehörend) genannt habe, quod omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvant [42]; und wenn dagegen Birnbaum [43] erinnert hat, daß man dieß hinsichtlich der Grundsteuer zugeben möge, daß aber jene Idee des Obereigenthums hinsichtlich der Annona, deren Erhebung bis in die späteste Zeit mit dem precären Landbesitz zusammen gehangen habe, eine Wirklichkeit gewesen sei, so ist dagegen zu erwiedern, daß eine solche Naturalabgabe als Domanialgefälle neben der allgemeinen Grundsteuer keineswegs bei allem Provinzialgrundbesitz vorkam [44]. Demnach haben also die Forschungen der mehrgenannten Gelehrten gerade das Gegentheil von dem, was Büchel behauptet, ergeben; sie haben ergeben, daß an Provinzialgrundstücken allerdings wahres Privateigenthum stattfand. „Das Recht auf die Abgaben wurde in der Theorie auf ein Obereigenthum des römischen Staats an dem Provinzialboden zurückgeführt, weßhalb auch der Einzelne ihn nicht ex jure quiritium im Eigenthum haben konnte; aber die Römer dachten nicht daran, diesen fundus provincialis als Domäne anzusehen und daran das Recht der Einziehung zu behaupten. Der Besitzer hatte daran erbliches Recht, wahres Eigenthum, nur nicht Eigenthum ex jure quiritium, also ohne Mancipation und Usucapion" [45]. Es war ein Eigenthum,

[38] a. a. O 52.

[39] Röm. Geschichte II. S. 175.

[40] Cic. in Verr. III. 6. Vgl. Niebuhr III. S. 729 ff.

[41] Ztschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 355. Vgl. V. S. 254. und Puchta, Cursus der Institutionen. I. S. 253. 383.

[42] Vgl. Ztschr. XI. S. 24.

[43] a. a. O. S. 78.

[44] Vgl. Savigny in der Ztschr. XI. S. 31 ff.

[45] So sagt Savigny a. a. O. Uebereinstimmend behauptet Niebuhr von den zehntpflichtigen Grundstücken in Sicilien, daß sie „auch nach der römischen Republik formeller Ansicht Privateigenthum

das man füglich dem sogenannten bonitarischen gleichstellen[46] und auch allenfalls utile dominium, jedoch in anderem Sinne als dem der neueren Jurisprudenz, nennen kann[47], und das dann auch schon in Constitutionen von Diocletian geradezu dominium genannt worden ist[48].

Nach dem Gesagten löst sich nun Büchel's oben angeführtes Raisonnement von selbst in eiteln Dunst auf; denn das ist klar, daß sich, was Gaius II. 31. über die Bestellung der Servituten sagt, auf alle Provinzialgrundstücke ohne Ausnahme (abgesehen natürlich von den mit italischem Recht beliehenen, die gar nicht mehr fundi provinciales hießen) bezieht, daß er bei allen die Möglichkeit des quiritischen Eigenthums, der Mancipatio und Injurecessio und daher auch die Möglichkeit civilrechtlicher Bestellung von Servituten in Abrede stellt. Wir haben es hier also gar nicht mit einem Gegensatze von Recht und bloßer Ausübung, von Rechten (nämlich Servituten) dem Rechte nach und der Ausübung nach, sondern einfach nur mit dem durch das ganze römische Privatrecht sich hindurchziehenden Gegensatz zwischen Rechten, die nach dem jus civile, und solchen, die nur nach dem jus gentium oder nach dem jus praetorium bestehen, zu thun. Man darf es als ein Probestück, wie man vorgefaßte

waren, welches auch der Staat achtete, während er den Besitzer von Domänenländereien wandern hieß, wenn das Interesse des Staats es zu fordern oder zu rechtfertigen schien."

[46] Verschieden war dieß jedoch dadurch, daß es an des quiritischen Eigenthums fähigen Sachen stattfinden und durch Usucapion in quiritisches Eigenthum übergehen konnte. Puchta, Institut. II. S. 599.

[47] Thibaut, Versuche II. S. 97. (nach der 1. Ausg.).

[48] Fragm. Vat. §. 315. »Cum dominium rei tributariae vindicetis.« Vgl. §. 316. »tributarii praedii dominus constitutus«. — Birnbaum a. a. O. S. 80. nimmt, auf Theophil. II. 1. §. 40. sich stützend, an, daß erst durch Justinian das Recht der Provinzialbesitzer, das Recht an den praedia tributaria und stipendiaria, zu wahrem (vollem) Eigenthum erhoben, d. h. durch ihn erst der precäre Charakter jenes Landbesitzes beseitigt worden sei, indem er den Unterschied zwischen italischen und Provinzialgrundstücken aufhob. Allein die betreffenden Verordnungen Justinian's setzen gerade voraus, daß an jenen Grundstücken schon bisher wahres Eigenthum statt fand, das nur nicht quiritisches war. Die const. de nudo iure Quiritium tollendo betraf die Provinzialgrundstücke unmittelbar gar nicht, weil bei diesen von einem ius Quiritium keine Rede war; sie kommt hier nur in sofern in Betracht, als dadurch das Eigenthümliche des ius Quiritium bei italischen Grundstücken, und somit eine Verschiedenheit derselben von den Prinvinzialgrundstücken beseitigt wurde. Die const. de usucapione transformanda ferner verordnete nur, daß fortan bei italischen Grundstücken nur dieselbe Ersitzung wie bei Provinzialgrundstücken statt finden solle. Wenn man nun glauben konnte, daß hiedurch eine völlige Gleichstellung des Rechtsverhältnisses beider Arten von Grundstücken bewirkt worden sei, so muß nothwendig angenommen werden, daß das Rechtsverhältniß der Provinzialgrundstücke, abgesehen von jenen beiden nun beseitigten Eigenthümlichkeiten in dem Verhältniß der italischen, schon vorher alle wesentlichen Momente des nun allein noch übrig bleibenden Eigenthums des Justinianischen Rechts in sich enthalten habe. Dieß wird auch bestätigt durch §. 40. J. II. 1., wo gesagt wird, daß stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo, sc. a domino tradita, alienantur, also ein dominium, wie es das Justinianische Recht kennt, schon vorausgesetzt wird. Wenn es dagegen damals noch Grundstücke gab, deren Eigenthum dem Kaiser in der Art zustand, daß dieser willkürlich dieselben einziehen konnte, so konnte in deren rechtlichem Verhältniß durch jene Verordnungen nichts geändert werden, und nur in solcher Beziehung konnte die Aufnahme der L. 11. D. de eviction. 21. 2. noch praktisches Interesse haben, wenn man nicht dabei jetzt an eine widerrechtliche Entziehung von Privateigenthum denken will.

Gedanken in die Quellen hineinlesen kann, hervorheben, was Büchel S. 27. dem Gaius in den Mund legt. „Gaius bemerkt hier, sagt er, daß, da der Besitzer eines fundus provincialis kein Eigenthum an demselben habe, mithin auch durch Veräußerung desselben kein Eigenthum übertragen könne, er eben so wenig eine Servitut dem Rechte nach daran bestellen könne, weil ihm selbst gar nichts Eigenes daran zustehe. So wie er aber den fundus selbst im Umfange seines Rechtes, also zur unmittelbaren Eigenthumsausübung veräußern kann, so könne er auch in diesem Rechte eine Servitut daran bestellen, wo denn natürlich der Servitutberechtigte nicht eine Servitut dem Rechte, sondern bloß der Ausübung nach erwirbt". Das soll ein Commentar sein zu den Worten des Gaius: Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi — — ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. — Wir geben gern zu, daß man vom Standpunkte des strengen Civilrechts aus die nachgebildeten Rechtsverhältnisse als etwas bloß Factisches, als bloße Ausübung (possessio) betrachten konnte; aber sie sind dieses eben nach der praktischen Ausbildung nicht geblieben, sondern wahre Rechtsverhältnisse geworden.

Ein anderer Punkt, auf welchen die Erörterung unseres Gegners besonderes Gewicht legt, ist der, daß das die Emphyteuse begründende Rechtsgeschäft nach der unter den römischen Juristen vorherrschenden Ansicht nicht als Kauf, sondern als Pacht angesehen worden sei [49], und nach der bekannten Verordnung von Zeno [50] nicht zu den alienationis titulis gezählt werden solle. Denn wie hätten die Juristen je auf den Gedanken kommen können, das Recht des Emphyteuta durch Pacht entstehen zu lassen, wenn dasselbe ein dominium oder auch nur ein der Servitut, ihrer inneren Natur nach, nachgebildetes, nur umfassenderes Recht gewesen wäre? Eigenthum und Servitut erfordern doch zu ihrer vertragsmäßigen Begründung ein auf Veräußerung und Uebertragung des Rechts gerichtetes Geschäft, und die Pacht ist ihrer Natur nach niemals auf Veräußerung gerichtet [51]. Hiergegen habe ich schon erwiedert, daß es keineswegs der Natur der Sache zuwider sei, ein dingliches Recht von wesentlich gleichem oder verwandtem Inhalt, wie der Ususfructus, durch

[49] Gai. II. 145. §. 3. J. de locat. et cond. 3 24.
[50] L. 1. Cod de iure emphyteut. 4. 66.
[51] Büchel, Erörter. a. a. O. S. 29. 2. Ausg. S. 312.

Pacht entstehen zu lassen[52]. Sofern es nämlich möglich ist, ein solches Recht durch bloßen Vertrag einzuräumen, steht nichts im Wege, diesen Vertrag mit einem Pachtvertrage zu verbinden, und so steht auch nichts im Wege, die Entstehung eines solchen Rechts als regelmäßige, sich von selbst verstehende Wirkung mit Pachtverträgen von gewisser Beschaffenheit zu verbinden, was meiner Ueberzeugung nach eben bei der Emphyteuse der Fall ist. Ich will damit nicht behaupten, daß diese dem Usufructus „nachgebildet" sei. Vielmehr glaube ich, daß sich das eigenthümliche Pachtverhältniß, woraus das emphyteutische Recht entstanden ist, im praktischen Leben ausbildete, ohne daß man dabei an die Analogie des Usufructus dachte; diesem stand schon die besondere civilrechtliche Ausbildung der Servitutenlehre und der besondere Charakter des Usufructus als einer Personalservitut entgegen. Aber das behaupte ich, daß das emphyteutische Recht, sowie es sich im Verlauf der Zeit ausgebildet hat, seiner innern Natur nach, d. h. nach seinem Inhalt oder der Beschaffenheit der dadurch dem Emphyteuta gewährten Befugnisse, dem Usufructus näher verwandt sei, als dieser den Prädialservituten, ohne deßhalb die Verwandtschaft mit diesen letzten zu verkennen[53]; und zu diesem Resultate, glaube ich, wird jeder kommen, der sich nicht die Freiheit wissenschaftlicher Behandlung ausgebildeter Rechtsbegriffe durch verkehrte Benutzung ihres geschichtlichen Entwickelungsprozesses verkümmern läßt. Wenn einige unter den römischen Juristen den emphyteutischen Contrakt (oder den Vertrag, wodurch ein Grundstück als ager vectigalis hingegeben wurde) als Kaufcontrakt ansahen[54], so hatte dieß gewiß nur darin seinen Grund, daß derselbe, in der Regel für ewige Zeiten, ein völliges Aufgeben der unmittelbaren Herrschaft über die Sache zu enthalten und das Recht daher, das dem Verleiher blieb, kaum noch den Namen des Eigenthums zu verdienen schien, während dagegen Andere geltend machten, daß der Verleiher doch den Empfänger nicht zum wahren Eigenthümer mache und durch den jährlichen Canon auch noch fortwährend einen mittelbaren Nutzen (eine Revenüe) von seinem Eigenthum beziehe, eben so wie derjenige, welcher seine Sache einem Anderen in Zeitpacht gegeben habe. Ganz unwahrscheinlich aber ist es, daß sie die Einräumung des weitumfassenden Rechts am ager vectigalis, nachdem dieses einmal als dingliches Recht anerkannt war, nicht in demselben Sinne, wie die

[52] Rechtslexikon III. S. 868. not. 102 (oben S 230.)

[53] Rechtslexikon III. S. 852 f. (oben S. 218.)

[54] Die Art, wie Gaius davon spricht, läßt nicht vermuthen, daß die Ansicht sehr verbreitet war. Das »quaeri solet« deutet nur an, daß man sich die Frage aufzuwerfen pflegte, die man aber, nach den Worten »magis placuit« zu schließen, meistens verneinend entschied.

Bestellung von Servituten, als Veräußerung (alienatio) angesehen haben, in dem Sinne, in welchem selbst das Aufgeben einer Servitut, ja, nach Büchel's eigener Ausführung, sogar die Ueberlassung der Ausübung des Usufructus als Alienatio angesehen werden mußte [55]. Wenn die Belastung des Grundstücks mit einer oft wenig erheblichen Servitut, wenn die Veräußerung eines bestehenden emphyteutischen Rechts als widerstreitend dem Verbote des Severus für ungiltig erklärt wurde, sollte man die Einräumung der Emphyteuse an einem Grundstück des Mündels, vielleicht gegen einen ganz geringen Canon, für giltig gehalten haben? Wer es glauben kann, der glaube es [56]. Jedenfalls hat Justinian ausdrücklich ausgesprochen, daß jedes Veräußerungsverbot eben sowohl auf die Einräumung einer Emphyteuse als auf die Bestellung einer Servitut zu beziehen sei. Diese einzige Stelle allein ist, wenn wir uns auf den Standpunkt des Justinianischen Rechts stellen, geeignet, der ganzen betreffenden Ausführung unseres Gegners ihre Kraft zu nehmen [57].

Außer dem bisher Besprochenen hat Büchel noch folgende einzelne Punkte hervorgehoben:

1) Nur nach seiner Ansicht soll sich erklären, warum der Emphyteuta nicht eine juris, sondern vielmehr eine corporis possessio hat. Diesen Punkt behalte ich mir vor, seiner ausnehmenden Wichtigkeit wegen, in besonderer Ausführung (unten Nr. 22) zu beleuchten.

2) Aus derselben Ansicht soll sich allein erklären, daß der Emphyteuta keine juris, sondern vielmehr eine corporis vindicatio (utilis rei vindicatio) habe. Diese Klage soll jedoch keine Eigenthumsklage sein, weder aus dem Eigenthume des Emphyteuta, noch aus dem Eigenthume des dominus emphyteuseos, sondern bloß aus dem Rechte des Emphyteuta. — Eine eigentliche rei vindicatio also ist die Klage des Emphyteuta nicht; denn jene ist eine Klage aus dem Eigenthume, dominii

[55] L. 28. D. de V. S. Vgl. Büchel a. a. O. S. 81.

[56] L. 3. §. 4. 5. D. de reb. eorum 27. 9. Vgl Rudorff, Vormundschaft II. S. 408. — Ich halte daher jetzt auch für unrichtig, was ich im Rechtslexikon III. S. 868 (oben S. 230) gesagt habe, daß von obiger Controverse die Entscheidung der Frage abhängig gewesen sein möge, ob die Einräumung des emphyteutischen Rechts unter das Verbot der Veräußerung von Mündelgütern falle oder nicht. Das einzige praktische Interesse der Streitfrage scheint nach den Quellen nur das gewesen zu sein, ob die Verbindlichkeit des Emphyteuta durch Mißerndten oder theilweisen Untergang der Sache eine Minderung erleide.

[57] L. 7. Cod. de rebus alienis non alienandis. 4. 51. Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactum contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi, similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum. Es ist charakteristisch, daß hier die Einräumung des emphyteutischen Rechts (contractus emphyteuseos) gleich den Servituten als eine Last (Beschränkung), die auf die Sache gelegt werde (imponitur), bezeichnet wird; wer mag da behaupten, daß wohl durch diesen, nicht aber durch jene eine Minderung des Eigenthumsrechts bewirkt werde?

vindicatio (vgl. Anm. [27]); wenn sie nun aber doch eine Klage aus dem Rechte des Emphyteuta, einem jus in re, ist, so muß sie ja eben eine Vindication dieses Rechts sein, gerade so wie die Klage aus dem Eigenthume dominii vindicatio ist. So hebt der zweite Satz den ersten in der That wieder auf. Würde auch die Klage eine utilis rei vindicatio genannt, so stünde dieses nicht im Wege, in derselben eine Vindication des Rechts zu erkennen. Denn jene Bezeichnung könnte nur bedeuten, daß sie der Eigenthumsklage nachgebildet und nach deren Analogie zu beurtheilen sei, was vollkommen richtig ist. Ob die vectigalis actio auch in demselben Sinne, wie die Publiciana actio, eine utilis (sc. fictitia) rei vindicatio war, können wir nicht sagen, weil wir von der Formel derselben keine Andeutung haben; es ist aber sehr unwahrscheinlich; ich glaube, daß die formula nur schlechthin in factum concepta war, ähnlich der hypothecaria actio, nämlich Bezug nehmend auf die Thatsache der vom Eigenthümer vorgenommenen locatio in perpetuum. Wie aber auch die Formel beschaffen war, so konnte diese allenfalls wohl die übliche Ausdrucksweise bestimmen, das Wesen der Sache aber nicht ändern, und wenn man namentlich auch annehmen wollte, die formula der vectigalis actio habe etwa so gelautet: si paret fundum vectigalem Agerii esse, so würde auch dieses in der Sache nichts ändern; denn es könnte dieß doch nichts anderes heißen, als daß dem Kläger der fundus als vectigalis, mit dem Rechte des vectigalis gehöre, und das heißt nichts anderes, als daß ihm daran das Vectigalrecht, das emphyteutische Recht, zustehe, und so würde sich die Klage immer wieder als Vindication dieses Rechts darstellen, wie sich die rei vindicatio mit der Intention: si paret r e m Agerii esse, d. h. daß dem Kläger die Sache nach dem Rechte des Eigenthums gehöre, als dominii vindicatio darstellt. — Uebrigens wird meines Wissens in den Quellen die Klage des Emphyteuta nirgends geradezu utilis rei vindicatio genannt. Sie wird nur als in rem actio adversus quemvis possessorem [58], und implicite als agri vectigalis i. e. emphyteuticarii petitio [59] bezeichnet, was, wie wir eben gesehen, gegen unsere Ansicht nichts beweist, während dagegen anderwärts dieselbe als selbständige Klage von besonderer Beschaffenheit hervorgehoben wird [60]. — Mit der utilis rei vindicatio wird in Verbindung gebracht

3) daß dem Emphyteuta auch alle übrigen Klagen, die sonst dem Eigenthümer zustehen, als utiles actiones beigelegt werden, namentlich

[58] L. 1. §. 1. D. si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. 6. 2.

[59] In der Ueberschrift des Pandektentitels (not. 58.) Vgl. L. 16. D. de servitut. 8. 1.

[60] L. 66. D. de eviction. 21. 2. »actio quae de vectigali fundo proposita est«. In einer andern Stelle heißt sie geradezu vectigalis actio. L. 15. §. 26. D. de damno infecto. 39. 2.

utilis vindicatio servitutis und negatoria actio, actio arborum furtim caesarum und aquae pluviae arcendae „sowie sämmtliche judicia divisoria". Was die letzten betrifft, so lautet diese Bemerkung ziemlich sonderbar. Denn das judicium familiae erciscundae kommt doch nicht dem Emphyteuta als solchem, sondern nur dem Erben zu; es wird nur die zur Erbschaft gehörige Emphyteuse als Vermögensobjekt derselben mit in den Erbtheilungsprozeß hineingezogen [61]. Die actio finium regundorum und communi dividundo aber kommt eben so auch dem Usufructuar im Verhältniß zum Mitnutznießer oder zum Eigenthümer, dem ein Theil der Sache unbeschwert gehört, als utilis actio zu [62]. Dasselbe gilt auch von der actio aquae pluviae arcendae, sofern ihrer der Usufructuar bedarf [63]. Es kann also hierin nichts charakteristisch Unterscheidendes beider Rechtsverhältnisse gefunden werden. Uebrigens ist das Gesagte richtig, und erklärt sich auch daraus, daß dem Emphyteuta das Recht vollständigster Benutzung des Grundstücks gleich dem Eigenthümer zusteht, das Recht der Ausübung des Eigenthums, wenn man will [64]; aber es trägt nicht im Geringsten dazu bei, der eigenthümlichen Theorie unseres Gegners Halt oder Bestätigung zu geben. — Wenn dieser zudem noch besonders hervorhebt, daß „selbst eine condictio auf Herausgabe des Grundstücks" dem Emphyteuta beigelegt werde, so ist dieß in sofern ungenau, als nicht eigentlich demjenigen, welcher das emphyteutische Recht schon erworben hat, diese Klage beigelegt wird [65], sondern vielmehr die betreffende Stelle nur aussagt, daß auch ein Vectigalgrundstück, oder was dasselbe ist, das Vectigalrecht an einem Grundstücke, Gegenstand der condictio triticaria sein könne [66].

4) Die vom Emphyteuta bestellten Servituten bestehen nicht als

[61] L. 10. D. fam. ercisc. 10. 2.

[62] L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. L. 7. §. 6. 10. D. comm. div. 10. 3. In der ersten Stelle werden die Inhaber von Vectigalgrundstücken und Nutznießer in dieser Beziehung neben einander gestellt.

[63] L. 22. pr. §. 2. vgl. mit L. 3. §. 4. D. de aquae pluv. 39. 3. L. 23. §. 1. D. ibid. — Die actio arborum furtim caesarum wird dagegen dem Nutznießer schlechthin abgesprochen. L. 5. §. 2. 3. D. arb. furt. caes. 47. 7.

[64] Rechtslexikon III. S. 855. 857. (oben S. 218 fg.)

[65] In L. 2. D. 13. 2. wird zwar auch dem Eigenthümer diese condictio gegeben gegen den Dejicienten. Dieß ist aber eine gleiche Anomalie wie die condictio furtiva.

[66] L. 1. pr. D. de condict. tritic. 13. 2. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti si quae sint praeter pecuniam numeratam — — sive mobiles sint sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit, sive etiam ius stipulatus quis sit veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum. — Man hat vermuthet, Ulpian habe nicht etsi, sondern nisi vectigalis sit geschrieben. Puchta, Cursus der Institut. II. S. 108. Dieß beruht auf der doppelten Annahme: daß das Recht am ager vectigalis nicht im ius civile gegründet sei, und daß die condictio triticaria immer eine condictio certae rei mit der Intention dari oportere gewesen sei; aber das letzte ist sehr zweifelhaft. Vgl. Savigny, Syst. V S. 626. ff. Wächter, Erörter. II. S. 76. Wahrscheinlich hat Ulpian hier auch von Provinzialgrundstücken gesprochen und vielleicht ist erst durch das Zuschneiden der Compilatoren der vectigalis in seine jetzige Stellung gekommen.

jure constitutae[67]. Dieß soll Thibaut's Ansicht über die Natur der Emphyteuse gleichfalls widersprechen, wenigstens wenn die Emphyteuse als jus in re dem Civilrecht ihren Ursprung verdankte; denn der Emphyteuta müßte doch in demselben Rechte veräußern können, in welchem er selbst berechtigt ist, die Bestellung der Servituten aber enthalte jedenfalls eine theilweise Veräußerung seines Rechtes[68]. Hier ist aber vor Allem schon die Voraussetzung, daß das Recht am ager vectigalis als jus in re aller Wahrscheinlichkeit nach dem Civilrecht angehöre, abzuweisen. Den Hauptgrund für diese Annahme müssen die Worte placuit und convenit abgeben[69]; „denn diese Ausdrücke bezeichnen immer die Einführung eines Rechtssatzes durch die Doctrin", (d. i. durch das jus civile im engsten Sinne, Theorie und Praxis). Nun wird zwar das Wort placet oder placuit besonders häufig gebraucht, um Meinungen der Rechtsgelehrten, Sätze der Doctrin zu bezeichnen, obwohl auch anderen Autoritäten etwas gefallen konnte[70]. Aber es wäre falsch, zu glauben, daß alle durch die Doctrin aufgestellten Sätze dem Gebiete des strengen jus civile anheimfielen. Dieselbe umfaßte ja auch die Erklärung und praktische Verarbeitung des prätorischen Rechts und bezog sich auch auf Gegenstände, die außerhalb des Gebietes des jus civile lagen, wie Provinzialgrundstücke. Wenn z. B., nachdem die in rem actio in Ansehung des emphyteutischen Grundstücks selbst eingeführt war, die Doctrin entschied, daß nun consequent dem Emphyteuta auch eine utilis servitutis vindicatio zustehen müsse[71], so würde daraus nicht im mindesten folgen, daß diese Klage eine civilrechtliche sei, so wenig als dieß von der Publiciana actio zu behaupten wäre, wo ihr durch die Doctrin eine weitere Ausdehnung gegeben wurde. Ja, wenn Büchel behauptet, daß die Klage des Emphyteuta eine utilis rei vindicatio gewesen sei, so liegt darin eigentlich schon ausgesprochen, daß das Recht desselben kein streng civilrechtliches war; denn diesem müßte auch eine streng civilrechtliche Klage entsprechen. Zudem konnte ja auch sehr wohl die doctrinelle Ansicht der Rechtsgelehrten den Anstoß geben zu der prätorischen Ausbildung eines Rechtsinstituts; sind doch selbst in Folge von Civilgesetzen, z. B. in Folge des Trebellianischen Senatsbeschlusses, Rechtsverhältnisse entstanden, die nur als prätorische bestanden. Daß aber die Vectigalklage wirklich erst

[67] L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4.

[68] Büchel a. a. O. S. 50. 51.

[69] Das erste kommt vor in L. 1. §. 1. D. si ager vect. 6. 3. »placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem«; das andere in L. 16. D. de servitut. 8. 1. »Idem (sc. utilem petitionem servitutis dari) servari convenit et in eo ad quem vectigalis fundus pertinet«.

[70] Brissonius de verb. sign. v. *placere*. Dirksen manuale latinit. v. *placere*.

[71] L. 8. D. de servitut. (Note 70.)

durch die Einwirkung des Prätors ihre Ausbildung und feste Gestaltung erhalten habe, dafür spricht mit dringender Wahrscheinlichkeit der Umstand, daß sie als actio, quae de vectigali fundo proposita est, angeführt wird [72]; denn dieser Ausdruck deutet auf die Aufstellung einer eigenen Formel der Klage im prätorischen Edikt [73]. Einen starken Beweis für die prätorische Natur des Vectigalrechts gibt außerdem, wie ich schon früher angedeutet habe [74], L. 15. §. 26. D. de damno infecto. 39. 2., welche Folgendes sagt:

> Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec iubendum possidere; nec enim dominium capere possidendo potest, sed decernendum ut eodem jure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit.

Bekanntlich hatte das zweite Dekret wegen damnum infectum den Zweck, dem Bedrohten die gefahrdrohende Sache selbst zu überweisen, und die Wirkung, daß jener einstweilen als dominus a praetore constitutus galt, jure dominii possidet [75], mit anderen Worten: bonitarisches (prätorisches) Eigenthum erwarb, mit der Möglichkeit, dieses durch Usucapion in quiritisches Eigenthum zu verwandeln. Der Bedrohte sollte in das Recht des Gegners eingesetzt werden; weil aber der Prätor nicht sofort quiritisches Eigenthum verleihen konnte, so mußte die vollständige Erreichung dieser Absicht erst durch usucapio vermittelt werden. Hatte er es nun mit einem Gegner zu thun, der das gefahrdrohende Grundstück nur als Vectigalgrundstück besaß, so war ein decretum, welches possidere jubet, nicht anwendbar; denn das Eigenthum sollte hier dem Bedrohten nicht zu Theil werden; es mußte vielmehr verfügt werden, daß derselbe nunmehr mit demselben Rechte, wie der bisherige Vectigalbesitzer, das Grundstück inne haben sollte, und in Folge dieses Dekrets sollte ihm sofort die vectigalis actio zustehen. Hieraus geht klar hervor, daß diese Klage nur eine prätorische in rem actio war und das Recht am Vectigalgrundstück nur als prätorisches jus in re bestand; denn sonst hätte es durch ein prätorisches Dekret nicht mit voller Wirkung übertragen werden können, es wäre unmöglich gewesen, zu decerniren: ut eodem jure esset, quo foret is qui non caverat, wenn dieses jus ex jure quiritium bestand.

[72] L. 66. D. de eviction. 21. 2.

[73] Gai. IV. 46. 47. L. 1. §. 1. D. de loco publ. 43. 9. L. 1. §. 1. D. de vi. 43. 16. L. 1. §. 1. D. de fonte. 43. 22. u. a.

[74] Rechtslexikon III. S. 873. (oben S. 235.) Note 124.

[75] L. 15. §. 16. 17. 33. D. de damno infecto 39. 2.

Wie sollte auch ein Rechtsverhältniß, auf welches keine der streng civilrechtlichen Erwerbarten anwendbar war, in die Gesellschaft civilrechtlicher Institute gehören[76]? Aber wenn es auch der Fall gewesen wäre, so wäre dennoch nichts desto weniger erklärlich, daß die vom Emphyteuta bestellten Servituten nicht als jure constitutae gelten. Denn nach altem Recht konnte nur der Eigenthümer Servituten einräumen und nur durch mancipatio oder in jure cessio; der Emphyteuta konnte nicht die Sache mit gleicher Wirkung, wie der Eigenthümer, mit einer Servitut belasten, sondern nur „im Umfange seines Rechts" eine solche einräumen, und zu diesem mancipatio und in jure cessio schon aus dem Grunde nicht anwenden, weil er selbst sein Recht nicht auf solche civilrechtliche Weise erhielt und dasselbe auch im Ganzen nicht auf solche Weise veräußern konnte. Die von ihm bestellten Servituten konnten daher jedenfalls nur utiliter, tuitione praetoria, bestehen.

5) Die Emphyteuse wird nicht unter die jura im Sinne der Servituten gestellt, sondern „es muß der ager vectigalis oder emphyteuticarius selbst genannt werden", als welcher der unmittelbare Gegenstand des Rechts ist. Allerdings nennen die Quellen, wo sie von dem Rechtsverhältniß der Emphyteuse reden, gewöhnlich den Gegenstand, vectigalis ager oder fundus, emphyteuticum praedium. Dieß ist sehr erklärlich. Einerseits stand den klassischen Juristen kein einfaches Wort wie servitus, ususfructus und dgl. zu Gebote, um das Recht am ager vectigalis passend und genau zu bezeichnen; jus vectigale wäre zweideutig gewesen, jus in fundo vectigali unbequem; andererseits war das Recht so umfassend, so nahe dem Eigenthum, daß man füglich eben so wie bei diesem statt des Rechts die Sache als Gegenstand des Erwerbens, Habens, Uebertragens nennen konnte, wenn nur durch das Beiwort angedeutet wurde, daß man den fundus nur in seiner Eigenschaft als vectigalis, also nicht das wahre Eigenthum, sondern nur das besondere Recht, das wir jetzt gewöhnlich das emphyteutische nennen, meine[77]; und dieß um so mehr, als man ohnehin gewöhnt war, das von einem Grundstück zu leistende Vectigal als eine Last dieses Grundstücks und daher die Abgabepflichtigkeit als eine Eigenschaft desselben zu betrachten und zu bezeichnen[78]. Dabei verkannte man aber keineswegs, daß es sich von einem Rechte,

[76] Vgl. auch Puchta, Cursus der Institut. II. S. 685. S. 101. 108. Wächter, Erörter. II. S. 64. — Bei der Emphyteuse, sofern sie vom Recht am ager vectigalis unterschieden wurde, konnte schon deßhalb von civilrechtlichem Charakter keine Rede sein, weil sie wohl nur in den Provinzen vorkam.

[77] Daher auch der Ausdruck: emphyteutici iuris praedia, fundi emphyteutici patrimonialisque iuris, in L. 13. 14. Theod. Cod. 5. 13.

[78] Vgl. Puchta, Institut. II. S. 686.

und zwar von einem jus in re, handle, so wenig, wie daß es sich vom Erwerb des Eigenthums handle, wenn man vom Erwerb der Sache schlechthin, ohne Beisatz, sprach. Vielmehr erklärt Ulpian ausdrücklich, wenn Jemandem ein fundus vectigalis vom Inhaber vermacht worden, so sei der Gegenstand des Vermächtnisses nur id jus, quod in vectigalibus fundis habemus [79]. Und in einer andern Stelle nennt derselbe Ulpian nicht den fundus emphyteuticus, sondern das jus emphyteuticum als den Gegenstand des Mündelvermögens, der nicht veräußert werden dürfe, und bemerkt bei dieser Gelegenheit ausdrücklich, es sei nur ein jus praedii (nämlich nicht Eigenthum) [80]. Eben so sprechen auch die Kaiser Zeno und Justinian vom jus emphyteuticum; der letzte sagt: jus emphyteuticum in alium transferre oder transponere, jure emphyteutico cadere [81], und die Ueberschrift des Titels, welcher von der Emphyteuse handelt, lautet: de jure emphyteutico. Noch einmal sagt Ulpian von demjenigen, welcher ein Grundstück als vectigalis besaß: aliquod jus in eo (sc. fundo) habet [82], gerade so wie anderwärts vom Servitutinhaber gesagt wird: aliquod jus in ea re habet [83], und in einer andern Stelle wird neben dem Usufructuar namentlich auch der Superficiar, welchen doch Büchel mit dem Emphyteuta auf gleiche Linie stellt, als ein solcher genannt, qui jus in ea re habeat [84]. Wie kann man nun sagen: das Recht des Emphyteuta werde nicht zu den jura gestellt? und wie kann man sagen: es müsse der ager vectigalis oder emphyteuticarius genannt werden, wenn in weniger als zwei Dutzend Stellen, die überhaupt von diesem Verhältniß reden, achtmal das jus emphyteuticum oder quod in fundo vectigali habemus genannt wird?

Wie unbedeutend die fragliche Bemerkung sei, zeigt sich noch vollends darin, daß andererseits auch häufig der Gegenstand des Usufructus durch das Beiwort fructuarius bezeichnet wird [85]. Wäre der Usufructus in gleicher Weise wie die Emphyteuse veräußerlich, so würden sich hier auch Stellen genug finden, worin von Veräußern und Erwerben der res fructuaria die Rede wäre. Endlich will ich nun hier noch

6) einige Bemerkungen anknüpfen in Betreff der Verpfändung der Emphyteuse durch den Emphyteuta. Büchel behauptet, und legt Gewicht

[79] L. 71. §. 6. D. de legat. I.

[80] L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. »Si ius emphyteuticum habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit.

[81] L. 1. 3. Cod. de iure emphyteutico. 4. 66.

[82] L. 71. §. 5. D. de legat. I.

[83] L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. L. 13. §. 1. D. de damno infecto. 39. 2.

[84] L. 19. pr. D. de damno infecto.

[85] Vgl. Brisson. und Dirksen s. v. fructuarius.

auf die Behauptung, daß hier nicht das Recht der Emphyteuse, sondern die Sache, das emphyteutische Grundstück verpfändet werde, wie auch in den Quellen gesagt werde: vectigale praedium (sed et superficiarium) pignori dari potest[86]. Wir haben schon gesehen, daß diese Ausdrucksweise nichts verschlägt. Ich habe den Streit darüber für unnütz erklärt[87], und damit stimmt Büchel wenigstens in so weit überein, als er ihm keine praktisch wichtige Folgen beilegt. Dieß ergibt sich auch aus der nähern Ausführung darüber, und nicht nur dieses, sondern zugleich auch, daß sich seine Ansicht selbst wieder aufhebt. Denn der Emphyteuta und Superficiar können nicht das Eigenthum der Sache verpfänden, so wenig wie sonst durch ihre Veräußerung übertragen, d. h. eigentlich so viel, als: sie können nicht die Sache selbst schlechtweg verpfänden. „Sie können vielmehr den fundus immer nur als emphyteuticarius oder die aedes als superficiariae verpfänden", wie auch in den Quellen immer diese Eigenschaftswörter hinzugesetzt werden, „wodurch schon hinlänglich ausgedrückt ist, daß hier nur id jus, quod in vectigalibus fundis vel aedibus superficiariis habemus, verpfändet sei". So sagt der Verfasser auf S. 124. und behauptet dennoch auf S. 126, daß nicht das jus emphyteuticum oder superficiarium Gegenstand der Verpfändung sei. Auch erkennt der Verfasser an, daß mit dem Erlöschen der Emphyteuse das Pfandrecht aufhöre[88], also davon dasselbe gelte, wie von dem Pfandrecht an einem Usufructus[89]; dennoch soll der Gegenstand der Verpfändung nicht wie hier das Recht, sondern durchaus das Grundstück sein. — Doch — „da es keinen Besitz des emphyteutischen Rechts, sondern nur einen Besitz des fundus emphyteuticarius gibt, so kann auch nicht das emphyteutische Recht, sondern nur der fundus emphyteuticarius pignori vel hypothecae dari". So hat neuerdings der Verfasser sich ausgesprochen, und veranlaßt uns dadurch zu einer neuen Erörterung der wichtigen Frage über den Besitz des Emphyteuta, die in einer besonderen Abtheilung nachfolgen soll. Vorerst hoffe ich durch ausführliche Prüfung jetzt vollkommen gerechtfertigt zu haben, was ich früher mit wenigen Worten hingeworfen, daß nämlich die von Büchel aufgestellte eigenthümliche Ansicht über die Natur der Emphyteuse und deren wesentlichen Unterschied von den Servituten, und somit auch alles, was daraus abgeleitet wird, unhaltbar sei.

[86] L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7.

[87] Rechtslexikon III. S. 856. (oben S. 217.)

[88] L. 31. D. de pignor. 20. 1.

[89] L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. Sicut corporali re extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

## 22.

# Vom Besitze der Emphyteuse.*

Wer ein Grundstück als Emphyteuta im Besitze hat, ist er juristischer Besitzer des Grundstücks, possessor corporis, oder nur des emphyteutischen Rechts, juris quasi possessor?

Diese Frage ist fast ohne Ausnahme von allen Rechtsgelehrten unserer Zeit dahin beantwortet worden, daß dem Emphyteuta, obwohl er nicht Eigenthümer, doch juristischer Besitz der Sache selbst beizulegen sei. Uneinig sind sie nur in sofern, als einige diesen Besitz als abgeleiteten Besitz auffassen [1], während andere den Begriff des abgeleiteten Besitzes überhaupt nicht gelten lassen [2], und wieder andere wenigstens in diesem Falle denselben nicht anwendbar finden [3]. Doch fehlte es nicht ganz und gar an solchen, welche dem Emphyteuta nur juris quasi possessio beilegten, die corporis possessio ihm absprachen [4]. Diese Ansicht habe auch ich mir angeeignet, und, so viel mir bekannt, zuerst gegen die jetzt herrschende ernstlich zu vertheidigen versucht [5]. Indessen ist dieser Versuch meines Wissens bis jetzt nicht beachtet worden [6], man möchte denn die Erklärung, sich jeder Aeußerung darüber enthalten zu wollen [7], dafür annehmen. Eine solche Erklärung hat freilich nicht die Kraft, mich von meiner Idiosynkrasie zu heilen; und da ich nun die Frage für wichtig genug halte, so bringe ich dieselbe noch einmal zur Sprache, um zu erproben, ob meine Ansicht auch bei Andern sich

* Gießener Zeitschr. n. F. III. 367—423. (1847.)

1 Savigny, Recht des Besitzes, S. 124 ff. und mit ihm Büchel, Erörter. Heft II. S. 44 ff. Heft III. S. 45 f. — Mühlenbruch, Lehrb. §. 233. — Göschen, Vorles. §. 204. — Schilling, Institut. II. §. 133. — Vangerow, Pand. §. 200 u. a.

2 Vgl. u. a. Guyet, Abhandl. S. 133 ff. — Warnkönig im Archiv für civ. Prax. XIII. S. 169 ff. — Schröter in dieser Zeitschr. II. S. 233. 237 f. — Sintenis das. VII. S. 223. 248 ff. und im Civilrecht. I. S. 443 ff. — Kierulff, Civilrecht. I. S. 358 ff. — Böcking, Institut. §. 123.

3 Puchta, Pand. §. 125. 174. Rechtslexikon II. S. 47. Vgl. auch Cursus der Institut. II. S. 439 bis 41. — Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 1837. S. 697.

4 Thibaut, System, 8. Aufl. §. 208. und dazu des pseudonymen Froben, Erörter. I. S. 163. II. S. 202. — Bartels in dieser Zeitschr. VI. S. 201. Der letzte drückt sich jedoch sehr unentschieden aus; er macht zuerst einige Einwendungen gegen die herrschende Ansicht, von welcher Savigny S. 150. urtheilt, daß sie wohl Niemand überzeugend finden dürfte; und sagt dann nur, possessio habe „auch, wie es scheint, der Emphyteuta nicht".

5 Im Rechtslexikon III. S. 848—851. (erschienen 1841; s. oben Nr. 20. S. 219 fg.)

6 So sagt z. B. noch Böcking, Institut. I. S. 536. (im J. 1843): „daß der Pfandgläubiger und der Emphyteuta den juristischen Besitz des körperlichen Gegenstandes ihres Rechts haben, ist ganz unbestritten, wenn gleich nicht, ob dieser ihr Besitz als abgeleiteter zu bezeichnen sei". Vgl. dagegen Anm. 4. Eben so bemerkt Sintenis, Civilrecht I. S. 536. „Von den Neuern (seit Thibaut) nimmt dieß (nämlich iuris possessio des Emphyteuta) auch keiner mehr an".

7 Büchel, Erörter. 2. Aufl. Bd. I. a. E.

Eingang zu verschaffen vermöge oder eine gründliche Widerlegung ihr entgegentrete.

Vor allem fragt sich nun: ist denn ein Besitz des emphyteutischen Rechts, juris emphyteutici quasi possessio, möglich, denkbar? Wäre dieß nicht der Fall, so könnte freilich dem Emphyteuta nur juristischer Besitz der Sache selbst oder gar kein juristischer Besitz beigelegt werden. Es ist aber wirklich behauptet worden, daß von einer juris quasi possessio des Emphyteuta schon nach der Natur seines Rechts nicht könne Rede sein [8]. Diese Behauptung gründet sich auf diejenige Ansicht von der Natur der Emphyteuse, welche in der ersten Abtheilung dieses Aufsatzes, wie ich glaube, widerlegt worden ist. Wenn nämlich dem Emphyteuta vermöge seines Rechts nichts Eigenes, weder ein corpus noch ein jus, zusteht, und wenn derselbe nirgends ein eigenes, sondern immer nur ein fremdes Recht ausübt, so ist freilich Besitz jenes Rechtes nicht denkbar.

Wenn aber diese Ansicht von der Natur der Emphyteuse falsch und unhaltbar ist, so fällt von selbst auch diese Folgerung weg und bedarf einer besondern Widerlegung nicht mehr. Sie mag nur dazu dienen, die Unhaltbarkeit der Theorie, womit sie zusammenhängt, wo möglich noch einleuchtender zu machen.

Besitz von Servituten ist allgemein anerkannt. Worin besteht nun dieser Besitz? Darin, daß jemand dauernd ein Verhältniß zu der Sache eines andern, einen Zustand derselben oder ein Handeln in Beziehung auf dieselbe, factisch behauptet, welches, wenn die Servitut besteht, als rechtliches behauptet werden kann. Der Besitz der Servitut ist factische Ausübung des Servitutinhalts, d. i. derjenigen Befugnisse, welche den Inhalt der Servitut bilden und welche dem Servitutberechtigten als solchem zustehen würden, jedoch abgesehen davon, ob ein Recht solchen Inhalts auch wirklich bestehe oder nicht. Es ist also dazu nicht erforderlich, daß der Ausübende das Recht wirklich habe oder auch nur zu haben glaube; aber das ist erforderlich, daß er den Willen habe, jene Befugnisse auszuüben, als ob sie ihm zuständen, so wie sie vermöge eines wirklich begründeten Servitutrechts ausgeübt werden können. Wer über das benachbarte Grundstück seinen Weg nimmt, unbekümmert ob der Eigenthümer es gestatte oder nicht, mit dem Willen, dieß gleich dem wahren Servitutberechtigten auch gegen den Wehrenden wie ein Recht zu

[8] Büchel, Erörter. Heft I. S. 46. „Auch ist nirgends von einer iuris possessio des Emphyteuta die Rede, ja es konnte nach der Natur seines Rechts von einer solchen nicht die Rede sein". S. 53. „was nicht besessen werden kann, das kann auch nicht ersessen werden; nun gibt es aber keinen Besitz der Emphyteuse als solcher, der Emphyteuta hat keine iuris possessio, sondern nur eine corporis possessio, und daher muß eine Ersitzung der Emphyteuse — — ausgeschlossen sein".

behaupten, mag er auch wissen, daß es ihm nicht zustehe, der besitzt die Weggerechtigkeit; nicht wer nur über das Grundstück geht, um etwa den Eigenthümer zu besuchen, oder weil er annimmt, daß dieser es freundnachbarlich zulasse [9]. Wer eine Sache in der Gewalt hat, mit dem Willen dieselbe wie ein Nutznießer zu behandeln, sich in Ansehung derselben so zu verhalten, als ob ihm das Recht des Nießbrauches daran zustände, der besitzt den Nießbrauch; nicht derjenige, welcher in irgend einer andern Willensmeinung die Sache benutzt. Der Besitz der Servitut ist ganz analog dem Eigenthumsbesitze, d. i. der thatsächlichen Beherrschung einer körperlichen Sache mit dem Willen, sie gleich wie der Eigenthümer zu haben [10]. Diese ist Ausübung des Eigenthumsinhalts als bloße Thatsache, abgesehen vom Rechte, so wie der Besitz der Servitut als bloße Thatsache dem Servitutrecht gegenübersteht, Ausübung des Servitutinhalts, abgesehen vom Rechte, ist [11]. Könnte man doch

[9] L. 7. D. de itinere 43. 19. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei hoc interdictum; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. Vgl. L. 25. D. quemadm. serv. amitt. 8. 6. Servitute usus non videtur, nisi is. qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit. Savigny, Besitz S. 585. Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, daß auch der Besitz der Servitut durch einen Andern, der alieno nomine dieselbe ausübt, behauptet werden kann. L. 1. §. 7. 8. L. 3. §. 4. D. de itinere. 43. 19.

[10] Ueber das Wesen des animus possidendi ist freilich immer noch großer Streit unter unsern Rechtsgelehrten, und insbesondere wollen Viele die Bezugnahme auf das Eigenthum bei der Bestimmung des Besitzbegriffes völlig beiseitsetzen. So z. B. bemerkt Böcking, Instit. I. S. 514. „Unrichtig bezeichnen Viele jene factische Unterwerfung als auf Ausübung des Eigenthums gerichteten Willen, während doch der, welcher weiß, daß er nicht Eigenthümer sei und etwa auch gar nicht Eigenthümer der Sache sein will, auch nicht Eigenthum ausüben wollen kann". Aber diese Bemerkung trifft nicht, wenn man sich unter Ausübung des Eigenthums nichts anderes denkt, als die factische Herrschaft über die Sache, zu welcher das Eigenthum das Recht gibt; diese kann jeder wollen, auch wer recht gut weiß, daß er nicht Eigenthümer ist. Und wenn derselbe Verfasser weiter bemerkt, die Parallelisirung des Besitzes und des Eigenthums müsse überhaupt vermieden werden, auch aus dem Grunde, „weil die Eigenthumshandlungen selbst viel umfassender sind, indem jene, nicht diese, auch auf ein Uebertragen von Rechten an der Sache und sonstige Weisen des Gebrauchs gerichtet sein können, deren der bloße Besitzer als solcher unfähig ist"; so ist dagegen zu erinnern, daß strenge genommen in der Uebertragung von Rechten an der Sache, so wie in der vollständigen Veräußerung derselben, keine Ausübung, sondern nur eine theilweise oder gänzliche Entäußerung des Eigenthumsinhalts enthalten ist. Das Aufgeben eines Rechts ist nicht Ausübung desselben. Ich wüßte aber auch nicht zu sagen, welche Verfügung in Ansehung der Sache oder welche Weise des Gebrauchs dem Eigenthümer zustehe, die nicht factisch auch der bloße Besitzer üben könnte, natürlich nicht mit rechtlichem Erfolg, weil er eben nur Besitzer, nicht Eigenthümer ist. Der Verfasser selbst bezeichnet bei der Quasipossessio (S. 539.) den animus possidendi als die Absicht, „das Recht (die Servitut) als ein Recht auszuüben". Consequent müßte er sich hier selbst die Einwendung machen: „aber, wer weiß, daß ihm das Recht nicht zustehe, kann es doch nicht ausüben wollen". — Uebrigens würde es zu weit abführen, wenn wir diesen Gegenstand hier erschöpfend besprechen wollten. Es genügt uns hier, daß es einen Besitz mit wahrem animus domini wirklich gibt, der auch der wichtigste Fall des Sachbesitzes ist, und diesem steht der Besitz der Servituten in der im Text bezeichneten Weise parallel. Vgl. auch Göschen, Vorles. I. S. 641.

[11] Vgl. Kierulff, Civilrecht I. S. 361—63. „Der Besitz ist nichts anderes, als Ausübung eines Rechtsinhalts abgesehen von dem Recht". Daher die iuris quasi possessio nichts anderes, als Besitz

selbst den Eigenthumsbesitz, was auch das Wort eigentlich andeutet, Besitz eines Rechtes, des Eigenthumsrechtes, nennen, in gleichem Sinne, wie man vom Besitze eines Servitutrechtes spricht.

Bekanntlich hat man nun den Begriff des Rechtsbesitzes weiter auch auf verschiedene Verhältnisse des neuern Rechts angewendet. Wir brauchen uns hier nicht auf eine Erörterung darüber einzulassen, in welchem Umfange dieses zulässig sei. Es genügt uns hier hervorzuheben, was unbestritten ist, daß in Ansehung solcher Rechte, welche ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung zulassen, deren Inhalt also nicht durch einen Akt der Ausübung erschöpft wird [12], und welche zudem in einer gewissen Beziehung zum Grundbesitz stehen [13], ein Quasibesitz nach Analogie des römischrechtlichen Servitutenbesitzes mit Recht angenommen werde. So z. B. in Ansehung des Zehntrechts, des Grundzins- oder Frohnderechts und mancher andern. Die genannten Rechte bestehen in dem Anspruch auf gewisse regelmäßig wiederkehrende Leistungen, welche von einem Grundbesitzer als solchem gewährt werden müssen. Dabei ist das Recht im Ganzen von jeder einzelnen Leistung zu unterscheiden; der Empfang oder die Beitreibung der letzten erscheint allemal als ein Akt der Ausübung des ersten, so wie die Benutzung eines Weges oder das Weiden des Vieh's als ein Akt der Ausübung der Wege- oder Weidegerechtigkeit erscheint, in so fern nur jene einzelne Leistung als ein Ausfluß eines solchen Gesammtrechtes, also mit dem Willen, darin dieses auszuüben, empfangen oder beigetrieben wird.

Vergleichen wir nun hiermit das Recht der Emphyteuse, so ist einleuchtend, daß eine gleiche Anwendung des Besitzbegriffes auf dasselbe an sich nicht nur keinem Bedenken unterliege, sondern noch weit leichter

des Servituteninhalts, „wie auch der Besitz des Eigenthümers nichts anderes ist, als die Ausübung des Eigenthumsinhalts mit dem Willen, denselben für sich zu haben". Vgl. übrigens noch unten Anm. 16.

[12] Ohne dieses ist der Begriff des Besitzes durchaus undenkbar. Daher ist Besitz einer Forderung, die durch bestimmte Leistungen erfüllt und zugleich aufgehoben wird, nicht möglich. Man besitzt sie nicht, so lange nicht erfüllt ist, weil man sie nicht ausübte; und wenn erfüllt ist, besitzt man sie nicht, weil sie nun, wenn sie auch wirklich begründet war, jedenfalls getilgt ist. In solchem Fall wird denn auch von denjenigen, welche der quasi possessio die weiteste Ausdehnung geben, dennoch kein Besitz des Rechts angenommen. Vgl. Bornemann, Preußisches Civilrecht I. S. 565. In der Theorie des gemeinen Civilrechts ist aber jetzt wohl allgemein anerkannt, daß in Ansehung von Forderungsrechten überhaupt kein Quasibesitz stattfinde. Vgl. Savigny, Besitz S. 617. — Kierulff, Civilrecht S. 363. — Sintenis S. 455. 56. — Geiger in dieser Zeitschr. Bd. XIII. S. 279.

[13] Von dieser Ansicht geht z. B. Savigny aus, Recht des Besitzes S. 613., desgleichen Sintenis a. a. O. — Böcking, Institut. I. S. 538. — Heerwart in dieser Zeitschr. Bd. 12. S. 303. — Vgl. noch besonders Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht II. 2. S. 49 ff. Der letzte stellt als Prinzip auf: ein Quasibesitz werde durch die Ausübung aller Rechte begründet, an welchen nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts eine rechte Gewere stattfand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind. Ich habe gegen dieses Prinzip noch manche Bedenken, auf die es jedoch hier nicht ankommt. Vgl. übrigens Geiger in dieser Zeitschr. Bd. XIII. S. 276—280.

sich darbiete, als in Beziehung auf die ebengenannten Rechte. Der Begriff des Quasibesitzes in der Anwendung auf solche Rechte, die nur durch einzelne unterbrochene Handlungen ausgeübt werden (s. g. servitutes discontinuae), ist schon künstlicher, als in Anwendung auf das Recht des Nießbrauches, dessen Ausübung mit der Detention der Sache selbst verbunden ist; dieser ist dem Eigenthumsbesitze offenbar am meisten analog. Nun kann aber Besitz des emphyteutischen Rechts vollkommen in derselben Weise gedacht werden, wie der Besitz des Nießbrauches. Dasselbe ist, wie dieser, ein dingliches Recht (jus in re), und zwar am Grund und Boden; es ist einer fortgesetzten Ausübung empfänglich, indem es fortdauernd zu Verfügungen über die Sache berechtigt, deren jede als Ausfluß, daher als Ausübung des Rechts erscheint, keine aber den Inhalt desselben erschöpft, und die Ausübung des Rechts tritt, wie bei dem Nießbrauch, beständig hervor in der Detention der Sache; zudem gibt sich der Wille, diese gerade nach emphyteutischem Recht zu beherrschen, also dieses Recht auszuüben, noch besonders deutlich zu erkennen durch die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen des Emphyteuta, namentlich durch die Bezahlung des Canon. Und weil die Emphyteuse ein vollkommen veräußerliches Recht ist, so kann auch bloßer Besitz eines wirklich existirenden, aber einem andern als dem Besitzer zustehenden emphyteutischen Rechts stattfinden; die einmal bestehende Emphyteuse ist ein concretes Vermögensobjekt, welches gleich einer körperlichen Sache, d. h. gleich dem Eigenthume derselben, der eine factisch besitzen kann, während es dem andern rechtlich zugehört. Mit dem Besitze des Nießbrauches dagegen muß entweder zugleich das Recht verbunden sein, oder dieses existirt überhaupt gar nicht; denn der einer anderen Person zustehende Nießbrauch ist objektiv gar nicht dasselbe Recht. Es ist also so klar als irgend ein Rechtssatz, daß es einen Besitz des emphyteutischen Rechts, verschieden von dem Eigenthumbesitze, geben könne, sofern überhaupt die Emphyteuse als ein dingliches Recht, das doch nicht Eigenthum ist, anerkannt wird. Diesem kann man auch nicht entgehen, wenn man die Emphyteuse als das Recht, fremdes Eigenthum selbständig auszuüben, auffaßt. Denn alsdann ist eben allemal die wirkliche Ausübung des fremden Eigenthums, mit dem Willen, dieses als Emphyteuta, d. i. als ob ihm das Recht der Emphyteuse zustände, auszuüben, in der That nichts anderes als Ausübung des emphyteutischen Rechts, und darin besteht der Besitz desselben. Könnte dieses nicht ausgeübt werden, so wäre es so gut wie kein Recht; kann es aber ausgeübt werden, so ist auch Besitz desselben möglich; diese Möglichkeit läugnen,

heißt also eigentlich eben so viel, als: der Emphyteuse allen selbständigen Rechtsinhalt absprechen.

Mit Recht wurde daher nicht bezweifelt, daß mindestens quasi possessio auch in Ansehung der Emphyteuse anzuerkennen sei; man fragte nur, ob nicht dem Emphyteuta sogar auch corporis possessio beizulegen sei. So erklärt Savigny ausdrücklich, es lasse sich bloß aus historischen Gründen, nicht aus der Natur und Bestimmung dieses Rechtsverhältnisses selbst, erklären, daß für diesen Fall ein abgeleiteter Besitz anstatt einer bloßen juris quasi possessio angenommen werde [14], und nennt die Emphyteuse als ein Rechtsverhältniß, bei welchem die quasi possessio durch eine wahre corporis possessio ausgeschlossen und überflüssig gemacht werde [15]. Auch Kierulff erkennt es ausdrücklich an, daß der Besitz des Emphyteuta und Superficiars die Ausübung des emphyteutischen und superficiarischen Rechtsstoffes sei, verbunden mit dem Willen, diesen Inhalt als den seinigen, d. h. für sich zu haben [16], und wenn er dennoch behauptet, daß dieser Besitz kein Quasibesitz sei, so hat dieß nur darin seinen Grund, daß er annimmt, der Besitz umfasse hier nach der Natur jener Rechtsverhältnisse die Sache selbst (rem ipsam), woraus sich denn von selbst ergibt, daß er eben in dem Besitze der Sache, mit der Absicht sie als Emphyteuta zu beherrschen, dasjenige, was das eigentliche Wesen der juris possessio ausmacht, die Ausübung des fraglichen Rechtsinhalts, enthalten findet. So auch gesteht Böcking zu [17], daß einen usus juris an fremder Sache an sich alle dinglich berechtigten Inhaber derselben haben können, wenn man nämlich unter usus juris nichts als die Ausübung des Rechts an einer fremden Sache, mit der Absicht das Recht als ein solches auszuüben, verstehen wolle; das ist es aber gerade, was der Verfasser selbst auf der nächstvorhergehenden Seite Besitz eines Rechts, juris quasi possessio, genannt wird. Er nimmt eine solche als ein Verhältniß von besonderer juristischer Bedeutung bei dem Emphyteuta, wie bei dem Superficiar und Pfandgläubiger, nur deßhalb nicht an, weil der Interdicten-Schutz schon durch den juristischen Besitz der Sache selbst gegeben sei, die andere Hauptwirkung des Besitzes aber, die Ersitzung des Rechts, hier nicht stattfinde [18]. Diejenigen dagegen, welche

[14] Recht des Besitzes S. 336.

[15] a. a. O. S. 608.

[16] Civilrecht I. S. 363.

[17] Institut. I. S. 536.

[18] Der Verfasser sagt: da der Pfandgläubiger, der Emphyteuta und Superficiar den juristischen oder Interdictsbesitz des Gegenstandes ihres Rechts selbst und somit die possessorischen Interdicte gegen Störung ihres Besitzes, alle aber nicht die Möglichkeit haben, ihr Recht erst durch Ausübung desselben während einer bestimmten Zeit zu begründen, so sei für sie das Analogon des eigentlichen juristischen

in Betreff des letzten Punktes anderer Meinung sind, welche irgendwie die Möglichkeit der Ersitzung des emphyteutischen Rechts behaupten [19], müssen eben deßhalb nothwendig auch die Möglichkeit eines Besitzes desselben behaupten; denn, allerdings, was nicht besessen werden kann, das kann auch nicht ersessen werden [20].

Besitzes, der Quasibesitz, und das Analogon der eigentlichen Besitzinterdicte, die interdicta quasi oder veluti possessoria, so wie auch das Analogon der Eigenthumserwerbung durch Usucapion, die Ersitzung durch longum tempus, ausgeschlossen und auch durchaus nicht Bedürfniß. Ich verstehe diese Bemerkung so: es kann zwar auch in Betreff der Emphyteuse dasjenige, was den Begriff des Rechtsbesitzes ausmacht, gedacht werden; aber es ist hier kein Bedürfniß, dieses Analogon des eigentlichen Besitzes hervorzuheben, nicht wegen der Interdicte, weil diese durch die in diesem Fall vorhandene corporis possessio begründet sind; nicht wegen der Ersitzung, weil diese hier doch nicht stattfindet. Dagegen wäre, wenn die Voraussetzungen als richtig angenommen werden, nichts einzuwenden, und in so fern könnte man denn auch den Schlußsatz unterschreiben: „Niemand kann sonach wirklichen juristischen Besitz und zugleich den diesem analogen Quasibesitz an derselben Sache zu gleicher Zeit haben". Aber man muß doch die Zulassung der Ersitzung in Ansehung der Emphyteuse als möglich anerkennen und muß denn auch zugeben, daß, wenn sie im römischen Recht wirklich zugelassen und zugleich, wie man behauptet, dem Emphyteuta juristischer Besitz der Sache beigelegt wäre, mit diesem zugleich Besitz des Rechts, und zwar mit besonderer Wirkung versehener Besitz des Rechts verbunden sein würde. — In der Anmerkung a. a. O. hebt Böcking das als ein Argument gegen die Annahme einer dem Superficiar zustehenden quasi possessio hervor, daß nur bei den Servituten, nicht bei der Superficies so wenig als bei der Emphyteuse und dem Pfandrechte, auch die Analogie des eigentlichen Besitzes im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt sei, daß der Quasibesitz per longum tempus sich in wirkliche Berechtigung verwandelt, analog wie der Eigenthumsbesitz in Eigenthum. Es wäre eine systematische Inconsequenz, sagt er, die Entstehung des superficiarischen Rechts durch longi temporis quasi possessio nicht anzuerkennen, wenn der Superficiar quasi possessor, wie ein Servitutberechtigter, und nicht juristischer Besitzer des Aufbaus wäre. Ich kann aber diesem Argument keine Bedeutung zugestehen. Dasjenige, was bei der Ersitzung die Hauptsache ist, nämlich die fortgesetzte Ausübung des Rechts, ist bei der Superficies und Emphyteuse offenbar eben so gut vorhanden, wie bei den Servituten. Ob diese factische Ausübung des Rechts auch eines besondern Rechtschutzes durch Interdicte genieße und daher in dieser Beziehung sich als juristischer Besitz darstelle, kommt dabei gar nicht in Betracht. Auch wenn es gar keinen Besitzesschutz für die Servituten gäbe, könnte doch eine Ersitzung derselben sehr wohl bestehen, so wie auch die Erwerbung des Eigenthums durch Usucapion wahrscheinlich lange vorher anerkannt war, ehe der Prätor den Interdictenschutz für den bloßen Besitz der Sache eingeführt hat. Und andererseits, wenn auch dem Emphyteuta und dem Superficiar juristischer Besitz der Sache beigelegt wird, so kann es nichts desto weniger eine systematische Inconsequenz genannt werden, daß die Erwerbung dieser Rechte durch Ersitzung nicht statthaft sein soll; denn das kann Niemand läugnen, daß alle wesentlichen Voraussetzungen einer solchen Erwerbung bei diesen Rechten eben so gut, ja noch besser, wie bei den Servituten gegeben sind, und Niemand wird behaupten, daß die Anerkennung jener corporis possessio der Zulassung dieser Wirkung fortgesetzter Rechtsübung im Wege stehe. Mit dem Pfandrecht freilich verhält es sich anders. Die Ersitzung wäre für dieses der Natur der Sache nach nicht angemessen, weil die Ausübung der wesentlichsten Befugniß des Pfandgläubigers, die Veräußerung der Sache, das Recht desselben aufhebt, in dieser Beziehung also das Pfandrecht mit dem Forderungsrecht nahe verwandt ist. Vgl. Anm. 12. — Puchta im Rechtslexikon Bd. II. S. 68.

[19] Vgl. darüber das Rechtslexikon Bd. III. S. 872. (oben S. 234.) — Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 159. — Christiansen, Institut. S. 247. 49.

[20] Vgl. oben Anm. 8. Auch Vangerow, Pand. §. 360. findet einen entscheidenden Grund gegen die Ersitzung der Emphyteuse darin, daß es nicht eine possessio des emphyteutischen Rechts, sondern nur einen Besitz der emphyteutischen Sache gebe, und man doch nothwendig das, was man ersitzen will, auch besessen haben müsse. Es ist aber dann sehr auffallend, daß er dennoch eine außerordentliche Ersitzung anerkennt, eine Ersitzung, welcher nach seiner Ansicht kein Besitz voranging! Mit Recht macht ihm daher Sintenis, Civilr. I. S. 538. den Vorwurf der Inconsequenz. Aber der letzte fällt sonderbarer Weise sogleich in dieselbe Inconsequenz, indem er sich Vangerow's Grund aneignet, um die Entstehung einer neuen Emphyteuse durch außerordentliche Ersitzung abzuweisen, und sogleich

Durch die bisherige Erörterung ist, wie ich denke, jeder Zweifel dagegen, daß der Annahme eines Besitzes des emphyteutischen Rechts nach der Natur dieses Rechts nichts im Wege stehe, beseitigt. Daß nun diesem Rechtsbesitze jedenfalls ein gleicher rechtlicher Schutz zukommen müsse, wie er in Ansehung der Servituten anerkannt ist, sofern nicht dieser Schutz ohnehin schon durch die mit dem Besitze des emphyteutischen Rechts angeblich verbundene corporis possessio gegeben sein sollte, das wird kaum jemand bezweifeln. Zwar ist in den Quellen meines Wissens nirgendwo von dieser analogen Anwendung der possessorischen Rechtsmittel die Rede. Allein es wäre eine gar zu auffallende systematische Inconsequenz, dem vererblichen und veräußerlichen Rechtsverhältniß den possessorischen Schutz zu versagen, welcher dem nur auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Nießbrauch gewährt ist. Wenn das römische Recht darin wirklich eine Lücke gelassen hätte, so wäre hier dem Recht des Mittelalters noch weit mehr Anlaß geboten, ergänzend einzuwirken, als in Ansehung der oben berührten Rechtsverhältnisse, auf welche durch dasselbe der Begriff des Quasibesitzes ausgedehnt worden ist.

Es fragt sich also nur, ob nicht dem Emphyteuta noch mehr als juris quasi possessio, ob ihm nicht sogar corporis possessio beigelegt werden müsse, wodurch denn die erste, so viel den possessorischen Schutz betrifft, ihre Bedeutung verlöre? oder, um die Frage genauer zu bestimmen: ob derjenige, welcher ein Grundstück im Besitze hat, mit der Absicht, dasselbe als Emphyteuta zu haben, oder das Recht der Emphyteuse daran auszuüben, eben deßhalb sofort als juristischer Besitzer des Grundstücks selbst zu betrachten sei?[21] Wenn wir nun diese Frage verneinen, so haben wir mit zwei Klassen von Gegnern den Kampf aufzunehmen; erstens mit solchen, welche den Sachbesitz des Emphyteuta als etwas anomales ansehen, aber dennoch aus rein positiven Gründen denselben behaupten zu können glauben; zweitens mit solchen, welche aus der Natur der Sache, aus dem Begriff des juristischen Besitzes und

darauf den Erwerb einer schon bestehenden Emphyteuse durch außerordentliche Ersitzung zugibt, wenn sich nämlich ein Anderer als der Emphyteuta bona fide im Besitz derselben befunden hat! Wenn es gar keinen Besitz des emphyteutischen Rechts gibt, wie kann denn ein Anderer als der wahre Emphyteuta dasselbe besitzen? — Beide Schriftsteller gehen von der falschen Vorstellung aus, als gebe es keinen Besitz des emphyteutischen Rechts, weil es nach ihrer Ansicht keine quasi possessio iuris emphyteutici gibt, die als solche unmittelbar rechtlich geschützt wäre; beide aber müssen dann sich selbst widersprechend anerkennen, daß es doch einen Besitz des emphyteutischen Rechts gebe. — Der einzige respektable Grund gegen die Annahme einer Ersitzung der Emphyteuse ist nur der, daß sie in den Gesetzen nicht anerkannt sei. Vgl. Göschen, Vorles. §. 324. — Puchta, Institut. II. S. 691. 92.

[21] Wenn man die Frage so stellt: ob der Emphyteuta corporis possessio habe? so hat es den Anschein, als ob nur bei dem wirklich Berechtigten von solchem Besitz die Rede sein könne; es bleibt unbeachtet, daß auch jemand, der nicht Emphyteuta ist, doch als Emphyteuta besitzen kann.

aus dem Wesen der Emphyteuse, die Behauptung ableiten, daß hier juristischer Besitz der Sache vorliege, welche denn aber zugleich auch die von den ersten geltend gemachten Beweisgründe mehr oder weniger als unterstützend benutzen.

Als Repräsentanten der ersten Klasse können wir Savigny nennen. Dieser räumt ausdrücklich ein, daß nach dem Begriff des Besitzes bei der Emphyteuse, wie bei der Superficies, kein juristischer Besitz der Sache angenommen werden dürfte [22]. Der größere Umfang der Rechte bemerkt er, in Vergleichung mit den Rechten des Fructuars, erkläre durchaus nicht, warum dem Emphyteuta juristischer Besitz beigelegt werde: „denn was kann hier das Mehr oder Weniger bewirken, da ja die Annahme einer quasi possessio auch hier alle Interessen befriedigt hätte"? Er versucht vielmehr nur eine historische Erklärung, für die Emphyteuse, wie für das Precarium; und wer deren Wahrscheinlichkeit nicht anerkennt, müßte, nach seiner Meinung, „die Thatsache dieser beiden Anomalien einräumen, und nur auf deren Erklärung verzichten" [23]. Denn daß der Besitz des Emphyteuta juristischer Besitz der Sache sei, das scheint dem berühmten Verfasser unläugbar. Welche sind nun die Gründe, die man dafür anführt?

Man hat sich auf den geschichtlichen Zusammenhang der Rechtsentwickelung bezogen. Das Rechtsverhältniß der agri vectigales und emphyteuticarii nämlich, sagt man, sei offenbar den alten Possessionen des römischen Gemeinlandes (ager publicus) nachgebildet worden. Nun sei aber jener Besitz einzelner Theile des Gemeinlandes ohne Zweifel juristischer Besitz gewesen; ja es sei sogar der erste Ursprung des possessorischen Rechtsschutzes wahrscheinlich nirgend anders als in dem Verhältniß jener Possessionen zu suchen. Es sei also natürlich, daß eben so auch bei dem Nachbilde derselben, bei den agri vectigales sive emphyteuticarii, juristischer Besitz anerkannt worden sei. Diesen historischen Zusammenhang hat jedoch Savigny nicht so sehr als einen Beweisgrund für die Behauptung: daß dem Emphyteuta juristischer Besitz der Sache zukomme, geltend gemacht, als vielmehr nur eine Erklärung dieser „unläugbaren" Inconsequenz darin gefunden [24]. Allein vorerst sind schon gegen die Niebuhr'sche Hypothese über die ursprüngliche Beziehung der possessorischen Inderdicte sehr erhebliche Bedenken erhoben worden, welche obige Erklärung bedeutend alteriren [25]. Sodann ist die

[22] Recht des Besitzes S. 124.
[23] a. a. O. S. 144. vgl. S. 336.
[24] a. a. O. S. 222. Vgl. aber Schröter in dieser Zeitschr. II. S. 242 ff.
[25] Vgl. vorzüglich Puchta, Institut. I¹. S. 523. 24. — Böcking, Institut. I. S. 519.

Verwandtschaft des emphyteutischen Rechts mit dem Verhältniß jener Nutzungen des ager publicus nicht so nahe, als hier vorausgesetzt wird. Allerdings mag die Ueberlassung des Staatslandes an Einzelne, gegen Zahlung einer Abgabe, den städtischen Gemeinden und anderen Corporationen bei ihrer locatio in perpetuum zum Vorbilde gedient haben. Aber das letzte Rechtsverhältniß wurde eben dadurch, daß es ein dingliches Recht erzeugte, welches auch gegen den Eigenthümer mit dinglicher Klage geltend gemacht werden konnte, ein juristisch wesentlich anderes, als das der stets willkürlich widerruflichen Possessionen des ager publicus. So lange aber die in rem actio in Ansehung der vectigales agri noch nicht eingeführt war, d. h. in dem ersten Stadium der Entwickelung dieses Rechtsinstituts, konnte man dieses Verhältniß privatrechtlich nur nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Pachtvertrages beurtheilen, wornach dem Pachter gar kein juristischer Besitz, sondern nur possessio alieno nomine zusteht.

Die Gründe, welche nun sonst noch für die fragliche Behauptung geltend gemacht werden, sind folgende:

1) Der Ausspruch in L. 15. §. 1. D. qui satisdare cogantur. 2. 8.[26] Macer erläutert hier die Regel: possessores immobilium rerum satisdare non compelli, auf folgende Weise:

> Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. Sed et qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit.

Es ist aber ausgemacht, daß der Grundbesitz, welcher die Befreiung von der Satisdatio gewährt, in einem eigenthümlichen Sinn zu verstehen ist, welcher von dem Dasein des juristischen Besitzes unabhängig ist. Nicht jeder juristische Besitzer eines Grundstückes ist Possessor in jenem Sinn, z. B. nicht der Faustpfandgläubiger[27]. Andererseits kann

[26] Darauf berufen sich unter andern Büchel, Erörter. III. S. 45. 46. — Vangerow, Pand. I. S. 277. — Kierulff, Civilrecht I. S. 361. — Sintenis, Civilrecht I. S. 535. — Savigny legt kein Gewicht auf diese Stelle; er benutzt sie nur zu anderem Zweck. S. 106. 123.

[27] L. 15. §. 2. D. 2. 8. Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam. Vielleicht hat diese Stelle ursprünglich von der Fiducia gesprochen und etwa so gelautet: Creditor, qui pignoris causa fundum mancipio accepit etc. Der Gläubiger, obwohl formell Eigenthümer des Grundstücks, sollte doch nicht als Possessor gelten, weil er in Wahrheit nur ein Pfandrecht daran hatte. Cf. Paul. sentt. II. 13. — Gai. II. 60. — Hieraus läßt sich übrigens zugleich entnehmen, daß der Grundeigenthümer, welcher den Besitz precario einem andern überlassen hat, in Ansehung der Cautionspflicht nichts destoweniger als Possessor gilt.

jemand in solchem Sinne Possessor sein, der gar nicht juristischen Besitz des Grundstücks hat; denn wegen eines Dotalgrundstückes wird sowohl die Frau wie der Mann als Possessor angesehen, obgleich zur Zeit nur der Mann das Eigenthum und jedenfalls nur einer von beiden den juristischen Besitz desselben hat.[28]. So wird auch z. B. wer ein fremdes Grundstück gewaltsam in Besitz genommen hat, obgleich er juristischer Besitzer ist, doch gewiß nicht als Possessor von der Satisdatio befreit sein[29]; wohl aber wird der entsetzte Eigenthümer diese Befreiung in Anspruch nehmen können, wenn er auch den Besitz noch nicht wieder gewonnen hat[30], und wohl eben so auch derjenige, welcher ein Grundstück ererbt, wenn auch noch nicht in Besitz genommen hat[31]. Das entscheidende Moment ist hier offenbar dieses, ob der Cautionspflichtige ein Grundstück gegenwärtig in der Art zu seinem Vermögen rechnen kann, daß er als Angesessener (d. i. possessor) erscheint, der schon dadurch ohne Bürgschaft eine gewisse Sicherheit gewährt, daß er sich den Nachtheilen der Contumacia im Proceß nicht leichtsinnig aussetzen werde. Daher sagt auch Savigny, daß hier possessor nicht Besitzer, sondern Eigenthümer heiße[32], wornach „possessor intelligitur“ nur so viel sagt, daß jemand dem Grundeigenthümer in dieser Beziehung gleichgeachtet werde. Hiernach ist es nun aber einleuchtend, daß obige Stelle für die Frage, ob der Emphyteuta juristischen Besitz der Sache habe, ganz unerheblich ist. Sie sagt nur: der Emphyteuta gelte eben so wie der Eigenthümer eines Grundstücks als Grundbesitzer, als possessor, der von Satisdatio befreit ist, und das mit Recht. Dabei kann es denn auch, wie beim Eigenthümer, nicht unbedingt darauf ankommen, ob der Berechtigte sich gegenwärtig im Besitz befinde, und es würde z. B. nach L. 15. §. 4. cit. keinen Zweifel leiden, daß auch durch ein emphyteutisches Grundstück, wenn es zur Dos hingegeben ist, zugleich der Mann und die Frau die Eigenschaft eines Prossessor im fraglichen Sinn erhalten. Daher haben denn auch die Gegner selbst kein rechtes

[28] L. 15. §. 3. D. l. c. Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur.

[29] Arg. L. 4. §. 26. D. de usurpat. et usucap. 41. 3.; vollends nicht nach dem Recht der neuern Constitutionen, nach welcher der Dejicient selbst sein Eigenthum an den Dejicirten verliert. §. 6. J. de interd. 4. 15.

[30] Er hat nicht bloß fundi petitionem personalem (L. 15. §. 4. D. cit.), sondern die Vindication, jetzt sogar auch, wenn sein Gegner bisher der wahre Eigenthümer war, und zugleich ein interdictum de recuperanda possessione, wie derjenige, welcher precario possessionem concessit. Vgl. Anm. 27. a. E.

[31] Cf. L. 23. D. de poss. 41. 2.

[32] Recht des Besitzes S. 106. Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat. L. 78. D. de V. S. —

Vertrauen zu der Beweiskraft dieser Stelle. Vangerow führte sie an, erwartet aber, daß man darin keinen entscheidenden Beweis finden werde, „weil hier allerdings nur von der possessio zum Zweck der Befreiung von der Cautionsleistung die Rede ist", und Büchel sagt mit ziemlicher Schüchternheit, wenn man auch zugeben müsse, daß die Stelle nicht sowohl von dem Besitze des Emphyteuta, als vielmehr von der Befreiung desselben von der Satisdatio handle, „so dürfte doch auf der anderen Seite auch kaum geläugnet werden, daß der Emphyteuta als Besitzer des emphyteutischen Grundstücks anerkannt werde". Bestimmter spricht Kierulff: „die letzteren Worte „possessor intelligitur" kommen hier nicht in Betracht; — — aber die ersten Worte der citirten Stelle beweisen, daß der Emphyteuta agrum possidet". Aber daß er agrum possidet in dem Sinne, welchen Kierulff mit diesem Worte verbindet, daß er juristischen Besitz des Grundstücks habe, beweisen die Worte nicht im mindesten. Mit demselben Rechte könnte man überall, z. B. bei der actio ad exhibendum, wo von possidere rem die Rede ist, juristischen Besitz der Sache voraussetzen, könnte z. B. auch an juristischen Besitz denken, wenn von demjenigen gesprochen wird, qui pretia rerum hereditariarum possidet[33], oder von demjenigen, qui totam hereditatem oder trientem hereditatis possidet[34]. Hießen die Worte: qui agrum emphyteuticum possidet, so viel als: „wer ein emphyteutisches Grundstück, ein solches, woran das Recht der Emphyteuse besteht, in juristischem Besitze hat", so würde auch derjenige, welcher den Emphyteuta dejicirte oder als Pfandgläubiger oder precario von diesem den Besitz erhalten hat, zu den Possessoren im Sinne der L. 15 cit. gehören. Aber jene Worte besagen nichts anderes, als: wer ein Grundstück als emphyteutisches, mit dem Rechte der Emphyteuse, im Besitze hat, oder: wer eine Besitzung zu emphyteutischem Rechte hat; darüber aber, ob solcher Besitz juristischer Besitz des Grundstücks, possessio fundi in diesem Sinne, sei, sagen sie gar nichts aus.

Der erste Beweisgrund für die corporis possessio des Emphyteuta ist also nichtig. Einen andern hat man nun

2) in dem bekannten Satze finden wollen, daß der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte sofort durch deren Trennung von der Hauptsache erwerbe[35]. Dieser Eigenthumserwerb, sagt man, lasse sich auf keine

[33] L. 16. §. 1. — L. 36. pr. D. de her. pet. 5. 3.

[34] L. 1. §. 1. 4. D. si pars her. pet. 5. 4.

[35] L. 25. §. 1. D. de usuris et fruct. 22. 1. Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. — — — — Quum fructuarii quidem non fint, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei possessorem autem pertineant quoquo modo

andere Weise erklären, als durch die Voraussetzung, daß der Emphyteuta juristischen Besitz des Grundstücks habe. Denn er sei eigentlich Erwerb durch Tradition, wie bei jedem andern Pachter; nur bedürfe der Emphyteuta nicht einer neuen Besitzergreifung der getrennten Früchte, sondern, da er den juristischen Besitz der Hauptsache habe, so erwerbe er den Besitz und somit das Eigenthum der Früchte als besonderer Sachen von selbst durch die bloße Absonderung derselben, indem er sie bis dahin schon als Theile des Grundstücks besessen. In dieser Weise hat namentlich Savigny obigen Satz zum Beweise benutzt, und zwar ist dieses das einzige Argument, welches er für den juristischen Besitz des Emphyteuta beibringt[36], während andere dasselbe nur als bestätigend mitbenutzen[37]. Die letzten können aber auch nicht der ganzen Argumentation Savigny's beistimmen, in so fern sie dessen Theorie über den Fruchterwerb nicht billigen, welche z. B. von Puchta[38] und Vangerow[39] ausdrücklich verworfen wird.

Sehen wir nun aber vorerst ab von Savigny's eigenthümlicher Ansicht, so entbehrt auch dieser Grund aller Kraft und kann durchaus nichts dazu beitragen, allen Zweifel gegen das, was man beweisen will, schwinden zu machen. Er reducirt sich dann nur auf einen schwachen Wahrscheinlichkeitsgrund, daß derjenige, welcher in Ansehung des Eigenthumserwerbes an den Früchten mit dem bonae fidei possessor zusammengestellt wird, doch wohl auch, wie dieser, juristischen Besitz des Grundstücks haben müsse, als ob nicht zwei Berechtigungen in einer Beziehung gleich, in einer andern verschieden sein könnten, oder als ob es nicht möglich wäre, daß dem einen vermöge seines Rechts an der Sache ein gleicher Erwerb beigelegt werde, wie er dem andern wegen des bloßen Besitzes zukommt. Soll der Grund treffend sein, so muß dargethan werden, daß jener Erwerb ohne Voraussetzung juristischen Besitzes nicht erklärbar oder zulässig sei. Vangerow aber erklärt ihn selbst daraus, daß dem Emphyteuta überhaupt die meisten Rechte des Eigenthümers zugestanden werden, was auch bestehen bleibt, wenn wir ihm die corporis possessio absprechen; und Puchta, ohne sich auf solchen Beweis einzulassen, sagt nur an einer Stelle, es seien die juristischen Besitzer, welche, sofern sie ein Recht auf die Früchte haben, den Fruchterwerb

a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt simul atque solo separati sunt.

36 Besitz S. 319. 20. Vgl. S. 124.

37 Puchta, Institut. II. S. 685. not. o. Vgl. oben Anm. 3. Büchel, Kierulff, Vangerow, vgl. Anm. 26.

38 Institut. II. S. 668—71. Pand. §. 150. 166.

39 Pand. I. §. 326.

des Eigenthümers ausschließen, und führt dann an einer andern Stelle eben dieses als einen Beweis dafür an, daß der Emphyteuta juristischer Besitzer der Sache sei.

Wenden wir uns dagegen zu der Beweisführung Savigny's zurück, so erfreuen wir uns in der Widerlegung dessen, was ihr eigenthümlich ist, einer starken Bundesgenossenschaft. Seine Erklärung des Fruchterwerbes des Emphyteuta hängt enge zusammen mit seiner Theorie über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor. Dieser soll als juristischer Besitzer der Hauptsache an den getrennten Früchten sofort nicht Eigenthum, sondern auch wieder bonae fidei possessio erwerben, weil der Besitz des Ganzen von selbst auf die davon abgetrennten Theile sich erstrecke, ohne daß es erst einer eigenen Besitzergreifung derselben als besonderer Sachen bedürfe. Eben so erwerbe auch der Emphyteuta von selbst den Besitz der getrennten Früchte; weil aber diesem durch den Willen des Eigenthümers schon im Voraus das Eigenthum der Früchte bestimmt sei, so werde durch jenen Besitzerwerb sofort auch die Tradition und somit durch die bloße Absonderung der Eigenthumserwerb vollendet. Diese Theorie hat aber wenig unbedingten Beifall, wohl aber starken Widerspruch gefunden, sowohl die Ansicht, daß der Emphyteuta die Früchte durch Tradition, als die, daß der bonae fidei possessor nicht das Eigenthum der Früchte erwerbe[40]. Ich halte das letzte ebenfalls für unrichtig; es ist aber hier nicht nöthig, darauf näher einzugehen, weil es für unsere Frage doch nur von untergeordneter Bedeutung ist. Bedeutend nämlich ist es nur in so fern, als nach unserer, d. i. der von der Mehrzahl angenommenen, Ansicht der juristische Besitz nicht hinreicht, um den Fruchterwerb des bonae fidei possessor zu erklären, und daher auch eben so wenig, um den Fruchterwerb des Emphyteuta zu erklären, der juristische Besitz desselben herbeigezogen zu werden braucht, indem man sich vielmehr einfach bei dem Gedanken beruhigen kann, daß der Emphyteuta wie der bonae fidei possessor, beide aus verschiedenen Gründen, in percipiendis fructibus id juris habent, quod dominis praediorum tributum est. Wichtiger aber ist es für uns, die Ansicht, daß der Emphyteuta durch Tradition das Eigenthum der Früchte erwerbe, genauer zu prüfen, und diese läßt sich schon für sich, ohne Rücksicht auf

[40] Schon vor zwanzig Jahren erklärte Huschke (Tübinger kritische Zeitschr. II. S. 208.) diese Ansicht für so vollständig widerlegt, daß sich in Zukunft Niemand mehr, es sei denn dolo oder culpa, zu ihr bekennen könne. Dagegen behauptet ihr Urheber noch, sie lasse sich so strenge erweisen, wie irgend etwas im römischen Recht. Vgl. Recht des Besitzes S. 316. Die höchst erfreuliche Fortsetzung des Systems des heutigen röm. Rechts erregt die Erwartung, daß nunmehr bald dieser Beweis ausgeführt werde.

das Recht des bonae fidei possessor, wie ich glaube, vollkommen widerlegen.

Zum Eigenthumserwerbe durch Tradition ist erforderlich, daß der Erwerber mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers, der ihm eben das Eigenthum der Sache einräumen will, und in der Absicht dieses zu erwerben, den juristischen Besitz der Sache erlange, wenn er ihn nicht etwa bisher schon hatte[41]. Wenn man sich ohne oder gegen den Willen des bisherigen Eigenthümers in den Besitz der Sache setzt, so erwirbt man nicht deren Eigenthum, wenn gleich jener zur Uebertragung desselben rechtsgiltig verpflichtet war, ja, daß er es übertragen wolle, bereits ausdrücklich erklärt hatte[42]. Wenn also auch der Eigenthümer ausdrücklich oder stillschweigend, durch die Einräumung eines gewissen Rechts, zum künftigen Erwerbe der Früchte eines Grundstücks seine Zustimmung gegeben hätte, vor wirklicher Besitzergreifung derselben aber die Zustimmung zurücknähme und der Besitznahme widerspräche, so würde durch diese das Eigenthum nicht erworben werden, wenn auch nach Umständen vielleicht eine doli exceptio gegen die Vindication begründet sein könnte. So würde z. B. unzweifelhaft kein Eigenthumserwerb eintreten, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks die fructus extantes desselben verkauft und dem Käufer die Einerndtung derselben eingeräumt hätte, dann aber diese Einräumung zurücknähme und nun der Käufer trotz diesem Widerspruch die Früchte dennoch einerndtete. Hieraus geht aber hervor, daß für den Fruchterwerb, welcher kraft eines dinglichen Rechtes stattfindet, der Gesichtspunkt der Tradition, der beim Pachter allenfalls anwendbar ist[43], nicht angemessen sei. Der Charakter des dinglichen Rechts an fremder Sache ist der, daß es als ein selbständiges, vollkommen unabhängiges, dem Rechte des Eigenthümers gegenübertritt, daß die Befugnisse, welche seinen Inhalt bilden, ganz unabhängig von der Gestattung des Eigenthümers geübt und gegen Eingriffe des letzten eben so wie gegen Beeinträchtigung von Seiten dritter Personen geltend gemacht werden können. Wenn nun zum Inhalt eines solchen Rechts der Fruchterwerb gehört, so würde es jenem Charakter widersprechen, wenn die Realisirung dieses Erwerbes im Einzelnen noch von dem Willen, von der Zustimmung des Eigenthümers abhängig sein sollte; dem Charakter des dinglichen Rechts entsprechend ist es, daß der Erwerb auch gegen den Willen des Eigenthümers vor sich gehe, daß selbst der ausdrücklich

[41] L. 9. §. 3—5. L. 21. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. — L. 55. D. de O. et A. 44. 7.

[42] L. 5. 33. D. de poss. 41. 2. — Vgl. L. 1. §. 2. 5. D. de except. rei vend. 21. 3. — L. 14 D. de Publ. act. 6. 2.

[43] L. 61. §. 8. vgl. L. 26. §. 1. D. de furtis. 47. 2.

erklärte Widerspruch des Eigenthümers ihn eben so wenig stören oder hindern könne, wie der Widerspruch eines ganz unberechtigten Dritten.

Demnach behaupte ich, daß auch der Fruchterwerb des Nutznießers nicht als Erwerb durch Tradition angesehen werden könne. Seine Perception und deren rechtliche Wirkung ist unabhängig von dem Willen des Eigenthümers der Hauptsache; er erwirbt das Eigenthum der Früchte, auch wenn er sie gegen dessen Willen und trotz dessen ausdrücklichem Widerspruch percipirt. Die Person des Eigenthümers kommt dabei überhaupt gar nicht in Betracht. Die Proprietät kann von einem auf den andern übergegangen sein, ohne daß der Usufructuar sich darum zu bekümmern oder nur davon zu wissen braucht; der Usufructuar braucht den Proprietar gar nicht zu kennen, und dieser mag vielleicht selbst von seinem Recht nichts wissen, oder das Recht des Nutznießers nicht anerkennen; es ist alles gleichgiltig; wenn nur das letzte wirklich begründet ist, so erwirbt dieser durch Perception auch das Eigenthum der Früchte. Und wenn er den Nießbrauch durch Ersitzung erworben, und niemals ein Eigenthümer der Sache, geschweige der gegenwärtige Eigenthümer, zum Erwerbe der Früchte seine Zustimmung gegeben hat, so wird er dennoch das Eigenthum derselben erwerben. Alles dieses ist unverträglich mit der Ansicht, daß der Usufructuar die Früchte durch Tradition von Seiten des Eigenthümers erwerbe[44]. In den Quellen findet sich denn auch nicht die leiseste Andeutung einer solchen Ansicht[45]; sie sprechen vielmehr dagegen; denn in den Institutionen ist zuerst (§. 35) von dem Fruchterwerb des bonae fidei possessor, dann von dem des Usufructuars die Rede (§. 35—38); darauf wird (§. 39) vom Erwerb des Schatzes gesprochen, und nun erst (§. 40) heißt es: per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur, woraus deutlich hervorgeht, daß man die vorhingenannten Fälle nicht als Erwerbungen per traditionem betrachtete. Man könnte zwar sagen: mit dem Usufructuar werde der Pachter zusammengestellt und von diesem sei anderwärts angedeutet, daß er eigentlich durch Tradition erwerbe (Anm. 43); dagegen aber ist zu beachten, daß in §. 35. cit. am Ende nur hinzugefügt wird: Eadem fere et de colono dicuntur, wodurch nur auf die handgreifliche Aehnlichkeit beider Fälle hingewiesen, keineswegs aber deren völlige

[44] Puchta, Pand. §. 150. nennt den Fruchterwerb des Nutznießers nur vergleichbar der Tradition, aber er begeht auch einen Fehler darin, daß er den Pachter in dieser Beziehung mit dem Usufructuar zusammenstellt, und als das wesentliche Moment in dem Erwerbe beider die Besitzergreifung hervorhebt, „die sich auf eine Gestattung des Eigenthümers gründet“.

[45] L. 25. §. 1. L. 28. D. de usur. 22. 1. — L. 13. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4. — §. 36—38. J. de div. rer. 2. 1.

Gleichstellung ausgesprochen wird. Den Anlaß zu obiger Ansicht hat wohl nur der Umstand gegeben, daß der Nutznießer erst durch Perception die Früchte erwirbt, was man in Verbindung damit, daß er nicht juristischen Besitz der Sache hat, so am besten erklären zu können glaubte. Aber jenes erklärt sich auch ohnedieß ganz einfach aus der Natur des Nießbrauches. Der Usus fructus ist das jus utendi fruendi re aliena, das Recht, die Sache zu gebrauchen und zu genießen, und daher auch die Früchte derselben zu beziehen, diese sich anzueignen. Dazu gehört aber eine Handlung, Thätigkeit von Seiten des Nutznießers; daher wird ihm die Frucht durch die bloß zufällige Trennung von der Hauptsache noch nicht erworben. Ohnehin nicht geneigt, die das Eigenthum beschränkenden Rechte zum Nachtheil des letzten auszudehnen, erforderten die römischen Juristen nach jener zunächstliegenden Auslegung des uti frui zum Erwerb der Früchte die Perception als Handlung der Aneignung und machten davon insbesondere Gebrauch bei Entscheidung der Frage, in wie fern bei Beendigung des Nießbrauches die Früchte noch dem Nutznießer, in wie fern dem Eigenthümer zufallen. Darin bestand auch das eigentliche praktische Interesse des fraglichen Rechtssatzes [46].

Wenn nun nach dieser Ausführung nicht einmal zugegeben werden kann, daß der Fruchterwerb des Usufructuars auf einer versteckten Tradition des Eigenthümers beruhe [47], so ist offenbar, daß dieser Gesichtspunkt bei dem Fruchterwerbe des Emphyteuta vollends nicht zuläßig sei. Dieser hat nicht nur, wie der Nutznießer, ein dingliches Recht, die Früchte

[46] In L. 13. D. cit. ist von der Nothwendigkeit der Perception eben in Beziehung auf obige Frage die Rede, und in §. 36. J. cit. wird die Entscheidung der letzten sogleich als Folgerung aus der Nothwendigkeit der Perception angeführt: et ideo licet maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur.

[47] Man vergleiche darüber noch Backe, diss. inaug. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. pag. 97—100. 110—113., der in der Hauptsache übereinstimmt; und darüber wieder Huschke in der krit. Zeitsch. II. S. 195. 207 ff. Der letzte findet den Grund des Fruchterwerbes, sowohl beim Pachter, wie beim Usufructuar, in „einem Erwerbe des Beziehungslebens der Sache", oder des Verhältnißlebens, „aus welchem die Früchte hervorgehen", und welches, „damit der Dritte erwerbe, auf irgend eine Weise durch Consens zugestanden sein muß, dessen spätere Aufhebung dann aber den Fruchterwerb eben so wenig stört, als das ganze Eigenthum einer Sache durch den Widerruf des Tradenten zurückfällt". Er findet also den Grund des Erwerbes auch nicht in einer Tradition. Wenn ich ihn recht verstehe, so erkennt er in jenem Consens des Eigenthümers eine Veräußerung einer Seite der Sache oder des Eigenthums (des Verhältnißlebens der Sache, welches dann der Dritte erwirbt), die einmal geschehen nicht mehr willkürlich zurückgenommen werden kann. Dieß kann man in Ansehung des Usufructus gelten lassen, durch dessen Einräumung das jus percipiendi fructus wirklich aus dem Eigenthum veräußert ist; in Ansehung des Pächters scheint es mir unrichtig, weil dieser nichts erworben hat, als eine persönliche Forderung gegen den Verpachter, daß er ihm die Perception fortwährend gestatte und gewähre. Aber auch in Ansehung des Usufructus kann man noch fragen, ob denn jenes „Verhältnißleben der Sache" durchaus nur durch Consens des Eigenthümers, ob es nicht, wie „das ganze Eigenthum", auch auf andere Weise, z. B. durch Ersitzung oder unmittelbar kraft Gesetzes, solle erworben werden können?

zu ziehen, sondern er schließt den Fruchterwerb des Eigenthümers kraft seines dinglichen Rechts völlig aus, indem er die Früchte schon durch die bloße Absonderung erwirbt. Er macht diesen Erwerb, auch wenn der Eigenthümer ausdrücklich dagegen protestirt, auch wenn der jetzige Eigenthümer niemals seine Zustimmung dazu gegeben hat; er erwirbt also nicht durch dessen Tradition.

Die entgegengesetzte Ansicht ist aber noch aus einem andern Grunde zu verwerfen, und dieser Grund steht auch denjenigen entgegen, welche den Fruchterwerb des Emphyteuta zwar nicht auf eine Tradition von Seiten des Eigenthümers gründen wollen, aber doch Erwerb des Besitzes der Früchte als nothwendig dazu voraussetzen und daher den Satz, daß er schon durch die bloße Absonderung das Eigenthum der Früchte erwerbe, ebenfalls daraus erklären, daß er schon den juristischen Besitz der Hauptsache habe und also von selbst auch den der abgesonderten Früchte erwerbe oder eigentlich behalte[48]. Wenn nämlich dieses richtig wäre, so würde folgen, daß der Emphyteuta nicht das Eigenthum der Früchte erworben habe, wenn ein Unberechtigter dieselben in der Absicht, sie sich selbst zuzueignen, von der Hauptsache getrennt hat. Dem Usufructuar ist es in solchem Falle nicht erworben, weil es noch an der Perception fehlt[49]; man müßte es auch dem Emphyteuta absprechen, weil er in keinem Zeitpunkt die Früchte als besondere Sachen im Besitze gehabt hat, und zumal von einer Tradition derselben könnte keine Rede sein, wenn etwa gar der Eigenthümer selbst unbefugter Weise die Trennung vorgenommen hätte. Zwar bemerkt Backe, man könne auch in diesem Falle einen Besitzerwerb der Früchte durch den Emphyteuta annehmen, indem die Trennung derselben von der Hauptsache der Besitzergreifung des Trennenden wenigstens um einen Moment vorausgehe[50]; aber dieß ist eben nur eine künstliche Fiction, zu der man, um eine vorerdachte Theorie zu retten, seine Zuflucht nimmt. Und wenn ferner der Emphyteuta nicht wirklich im Besitze der Sache wäre, wenn ein Dritter, obwohl in bösem Glauben, die Sache im Besitz hätte, oder auch etwa der Eigenthümer selbst, das Recht des Emphyteuta böswillig verläugnend, den Besitz der Sache behauptete, so würde nach obiger Meinung das

[48] So z. B. Backe a. a. O. S. 110. 111.

[49] L. 12. §. 5. D de usufr. 7. 1.

[50] Er sagt a. a. O. rei possessio fructus etiam in re pendentes amplectitur nec tolli potest separatione secuta, itaque cum separati fructus singulares incipiant res intelligi, possessionis apprehensionem continere videtur ipsa separatio, — ita utique si casu separati sint fructus; non minus tamen si aliena opera, nullo interveniente sibi habendi animo; sed ne sic quidem existimo deficere apprehensionem, si hic animus intervenerit; semper enim praecedere intelligenda esse videtur quamvis minimo momento alienam apprehensionem separatio.

Eigenthum der zufällig oder absichtlich getrennten Früchte dem Emphyteuta nicht erworben, so lange er sie nicht speciell in Besitz genommen[51]; nicht er, sondern nur etwa der Eigenthümer, könnte gegen den malae fidei possessor die Früchte vindiciren[52]; er könnte nur etwa durch persönliche Klage gegen den Eigenthümer sich Ersatz dafür verschaffen, sofern er nicht dieselben als bloßes Accessorium der Hauptsache durch die vectigalis actio zu erlangen vermöchte. Dieß wäre aber eine dem Charakter des Rechtsverhältnisses gar nicht entsprechende Beschränkung der Rechte des Emphyteuta. Derselbe soll kraft seines Rechtes den ganzen Vortheil genießen, welchen die Sache sonst dem Eigenthümer gewährt; er soll statt des letzten das Eigenthum seinem vollen Umfange nach ausüben. Wie daher sonst dem Eigenthümer die getrennten Früchte erworben werden, so müssen sie jetzt dem Emphyteuta zufallen, und wie bei dem Eigenthümer der Erwerb nichtsdestoweniger stattfindet, wenn auch ein Anderer die Trennung der Früchte vornimmt, und wenn er auch nicht im Besitze ist, es sei denn ein Anderer in gutem Glauben im Besitze der Hauptsache, so muß in demselben Umfange nun statt des Eigenthümers der Emphyteuta erwerben. Wie er in allen andern Beziehungen die mit dem Eigenthum der Sache verbundenen Rechte durch utiles actiones gegen jeden, und auch gegen den Eigenthümer selbst, geltend machen kann, so ist es auch consequent, daß er den aus dem Eigenthum hervorgehenden Fruchterwerb, so wie er sonst für den Eigenthümer durch die bloße Absonderung der Früchte eintritt, als ihm nun zustehend gegen jeden Unberechtigten mit Ausschließung des Eigenthümers und auch gegen diesen selbst behaupten könne.

Es ist also der Natur des emphyteutischen Rechtsverhältnisses vollkommen angemessen, daß der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte erwerbe, auch wenn er nicht im Besitze ist, auch wenn der Eigenthümer mala fide ihm den Besitz vorenthält, um so mehr auch, wenn ein Unberechtigter, während jener im Besitze ist, die Früchte getrennt und zugleich für sich ergriffen hat. Man hat sich das Erforderniß des Besitzerwerbes der Früchte zum Eigenthumserwerbe derselben ohne Noth selbst erdacht, als ob es etwas in sich Widersprechendes oder Unerklärliches sei, daß demjenigen, dem aller wesentliche Vortheil des Eigenthums zu selbständigem Rechte überlassen ist, auch der Fruchterwerb, gerade so wie er sonst dem Eigenthümer zusteht, eingeräumt wird. Die Quellen geben nicht den geringsten Anhaltpunkt solcher Behauptung. Sie enthalten

[51] So auch Backe l. c. pag. 111.
[52] L. 22. §. 2. D. de pignerat. act. 13. 7.

nur eine Stelle, die den Fruchterwerb des Emphyteuta bestimmt[53], und diese sagt nur: ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. Hier aber ist vorerst nicht nothwendig, vorauszusetzen, daß der Emphyteuta überhaupt im Besitze sein müsse, um die Früchte zu erwerben, daß er also z. B. nicht deren Eigenthum erwerbe, wenn er gewaltsam daraus verdrängt ist. Denn habere kann auch so viel heißen als: im Vermögen haben, z. B. das Eigenthum einer Sache haben, wenn man sie auch nicht besitzt[54], das Recht des Usufructus haben, wenn man auch erst die freie Ausübung desselben erstreiten will[55], so daß, qui vectigalem fundum habet, derjenige ist, welcher ein Grundstück als emphyteutisches im Vermögen hat, d. i. ein wahrer Emphyteuta, er möge nun besitzen oder nicht; und wohl mag der Jurist, da vorher vom wahren Besitzer die Rede war, absichtlich das Wort habere gebraucht haben[56]. Sodann, wenn auch anzunehmen wäre, daß der Jurist bei dem Worte habere an einen besitzenden Emphyteuta gedacht habe, so müßte immer noch die Bedeutung von juristischem Besitz, die das Wort nicht hat, hineingelegt werden. Ferner geben auch die Worte: simul atque solo separati sunt, nicht Anlaß zu einer Beschränkung des Erwerbes, falls die Trennung der Früchte durch einen Andern vorgenommen worden; um so weniger, da unmittelbar vorher in Beziehung auf den bonae fidei possessor noch bestimmter gesagt ist: quoquo modo a solo separati fuerint[57]. Und wenn man endlich noch hinzunimmt, daß von dem Emphyteuta als solchem dasselbe gelten muß, was vorher von dem bonae fidei possessor gesagt ist, daß er in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est, der Eigenthümer aber unbestritten das Eigenthum der

[53] L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1.

[54] L. 38. §. 9. D. de V. O. 45. 1. Habere dupliciter accipitur; nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet; denique habere rem apud nos depositam solemus dicere. Cf. L. 188. D. de V. S. — L. 2. §. 1. D. si serv. vind. 8 6. qui dominium in fundo habet.

[55] L. 11. §. 2. D. de jurejur. 12. 2. Si juravero, usumfructum alicujus rei vel meum esse vel dari mihi oportere, eatenus mihi competit actio, quatenus, si vere usumfructum haberem, duraret. — — Sed si rerum, in quibus ususfructus propter abusum constitui non potest, juraverit usumfructum se habere vel sibi deberi, effectum jurisjurandi sequendum arbitror. L. 5. pr. D. si ususfr. pet. 7. 6. Uti frui jus sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum.

[56] Backe a. a. O. findet in L. 25. §. 1. cit. eine Bestätigung seines Satzes für den Fall: si casu fructus separati sunt a vectigali praedio, cujus ipsius non amissa sit possessio, indem er in Parenthese hinzusetzt: ita enim licet interpretari locum. Dann aber gesteht er: Contra de ejus fundi vectigalis fructibus, cujus amiserit colonus possessionem, nullum inveni qui doceat locum. Er würde eine solche, aber freilich das Gegentheil seiner Meinung beweisende Stelle haben, wenn er sich nicht die Licenz genommen hätte, dieselbe beschränkend zu erklären.

[57] Daher hält auch Backe a. a. O. durch diese Stelle für bewiesen, was er für den Fall der von fremder Hand vorgenommenen Fruchtabsonderung behauptet hat, muß aber dabei die schon oben Anm. 48. getadelte Fiction zur Hülfe nehmen.

Früchte auch ohne deren Besitz erwirbt, so scheint mir genügend bewiesen zu sein, daß l. 25. §. 1. cit. keineswegs berechtige, dem Emphyteuta juristischen Besitz der Sache beizulegen. Nicht bedeutender ist

3) der Umstand, daß dem Emphyteuta eine utilis corporis vindicatio gegeben wird[58] und wegen seines gutgläubigen Besitzes des emphyteutischen Grundstücks die actio Publiciana auf Verfolgung des Grundstücks zustehen soll[59]. Die vectigalis actio wird meines Wissens in den Quellen nirgend geradezu utilis rei oder corporis vindicatio genannt, sondern nur als in rem actio bezeichnet[60], und wenn einmal von fundi vectigalis petitio die Rede ist[61], so haben wir schon im ersten Theile dieser Abhandlung gesehen, daß darunter in der That nichts anderes als die petitio juris emphyteutici zu verstehen ist. Und daß dem in gutem Glauben befindlichen Erwerber der Emphyteuse die Publiciana actio ertheilt wird, ist ganz natürlich und consequent, da ja in dem analogen Falle auch auf den Nießbrauch die gleiche Klage Anwendung findet[62]. Völlig unbedeutend ist endlich

4) das Argument, welches besonders Büchel und Vangerow daraus ableiten, daß dem Emphyteuta selbst eine utilis confessoria actio auf Verfolgung der dem Grundstücke zustehenden Servituten, so wie umgekehrt auch eine utilis negatoria gegen den eine Servitut in Anspruch nehmenden gestattet wird. Denn, so sagt Büchel, „da die servitutes praediorum an dem corpus praedii selbst kleben, so muß doch wohl auch derjenige, welcher eine solche Servitut in Anspruch nehmen oder in Abrede stellen will, Besitzer des corpus selbst sein, wie denn auch dem Usufructuar, weil er eben nicht corporis, sondern juris possessor ist, die confessoria und negatoria wirklich abgesprochen werden", und Vangerow sagt nach ihm: „da die Prädialservituten an dem corpus praedii selbst kleben, so muß doch wohl der, dem eine Verfolgung derselben zusteht, jene Berechtigung an dem corpus haben". Mir scheint, der müsse fest an einer vorgefaßten Ansicht kleben, dem dieses Argument nicht eher Zweifel dagegen erregt als dieselbe bestätigt. Eine Berechtigung an dem corpus, wie Vangerow sich ausdrückt, muß der freilich wohl haben, dem die Verfolgung der Servituten zusteht; aber eine solche hat ja unbestritten

[58] Vgl. Vangerow a. a. O. — Auch Savigny S. 121. benutzt dieses Argument in so fern, als er vermuthet, daß der Gebrauch der Ausdrücke rem persequi, rei petitio und vindicatio, bei dem Pfandgläubiger und Emphyteuta einen und denselben Grund haben möge, „nämlich die mit diesen Arten von jus in re verknüpfte corporis possessio".

[59] L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. — Büchel a. a. O.

[60] L. 1, §. 1. D. si ager vectig. 6. 3.

[61] L. 1. pr. D. de cond. trit. 13. 3. Vgl. L. 16. D. de servitut. 8. 1.

[62] L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. Eben so auch auf die superficies, L. 12. §. 3. ibid., bei welcher doch viele von denjenigen, welche dem Emphyteuta corporis possessio beilegen, nur eine quasi possessio annehmen.

auch der Usufructuar, dem doch nicht utilis confessoria und negatoria actio beigelegt wird. Was aber mit der Einräumung dieser Klagen der juristische Besitz der Sache zu schaffen habe, kann ich durchaus nicht einsehen. Sie betreffen ja das Recht, wobei es auf den Besitz nicht ankommt, und sie würden dieselbe Bedeutung haben, wenn auch das Recht niemals einen possessorischen Schutz zugelassen und den Begriff des juristischen Besitzes in seiner jetzigen praktischen Bedeutung nicht ausgebildet hätte. Meines Wissens hat noch Niemand behauptet, der Eigenthümer müsse im Besitz des Grundstücks sein, um die actio confessoria oder negatoria anstellen zu können; man wird mir einräumen, daß der Eigenthümer zu gleicher Zeit gegen einen die rei vindicatio anstellen könne, gegen einen andern die negatoria actio, um die Anmaßung einer Servitut abzuweisen, gegen einen dritten die confessoria, um eine Servitut geltend zu machen. So muß also auch die utilis confessoria und negatoria actio des Emphyteuta unabhängig davon sein, ob er überhaupt im Besitze sei, geschweige denn davon, ob er den juristischen Besitz des Grundstücks habe. Es wäre kein Widerspruch, ihm den possessorischen Rechtsschutz ganz zu versagen und jene Klagen ihm dennoch einzuräumen; denn sie sind analog der dinglichen Klage, wodurch er das Recht der Emphyteuse geltend macht, und diese stellt er sogar nur dann an, wenn er nicht im Besitze ist. Nach der Ausdrucksweise der genannten Gelehrten sollte man glauben, die Prädialservitut klebe an dem berechtigten Grundstück, wie etwa ein Ausbau oder Vordach (bei der servitus projiciendi oder protegendi) an dem Hause klebt, und wer nicht das letzte in seiner Gewalt habe, könne auch jene nicht behaupten. Aber es ist ja nur das Recht der Servitut mit dem Eigenthumsrechte des Grundstücks, als eine Erweiterung desselben, intellectuell verbunden, und daher ist es consequent, demjenigen, dem alle wesentliche Vortheile des Eigenthums eingeräumt sind und dem zur Behauptung dieses seines Rechts eine der rei vindicatio analoge Klage gegeben ist, eben so auch die Geltendmachung jenes annexen Rechtes durch utilis in rem actio einzuräumen.

So erscheint es also als eine leere und grundlose Bemerkung, daß, wer solche Klagen anstellen könne, doch wohl Besitzer des corpus selbst sein müsse[63], und ebenso grundlos ist auch die Meinung, daß sie dem Usufructuar deßhalb, weil er nicht corporis sondern nur juris possessor ist, abgesprochen werden. Der Grund dieses Unterschieds zwischen dem

[63] Diejenigen, welche mit Savigny dem Superficiar nur Quasipossessio beilegen, könnten dieses Argument schon aus dem Grunde sich nicht aneignen, weil jenem ebenfalls utilis confessoria actio eingeräumt ist. L. 3. §. 3. D. de op. novi nunt. 39, 1.

Emphyteuta und Superficiar einerseits und dem Usufructuar andererseits liegt wohl zum Theil darin, daß das Recht der beiden ersten umfassender und zugleich dauernder ist und die Befugnisse des Eigenthümers fast ganz, wenn ich so sagen darf, absorbirt. Noch mehr aber möchte er in formellen Rücksichten des römischen Klagensystems zu suchen sein, in Verbindung mit dem Umstande, daß die erstgenannten beiden dinglichen Rechte prätorischen Ursprungs und Charakters waren, während der Usufructus dem strengen Civilrecht angehörte. Wir kennen zwar nicht genau die Formula der confessoria actio für Prädialservituten[64], wissen namentlich nicht, wie die Qualität des Klägers als Eigenthümers des berechtigten Grundstücks darin hervorgehoben wurde, aber es ist doch nach der Natur der Sache leicht begreiflich, daß man Anstand nehmen mußte, die Formula mit ihrer civilrechtlichen Intention ohneweiteres auf den Usufructuar anzuwenden[65]. Nun war aber doch das Recht dieses letzten im Civilrecht gegründet, und zwar das Recht, die dienende Sache mit allen anhängenden Rechten selbständig zu gebrauchen, und es mußte ihm daher auch ein civilrechtliches Schutzmittel zu Gebote stehen, um selbständig und vom Eigenthümer unabhängig die in der Nichtanerkennung einer Servitut des nießbräuchlichen Grundstücks, wie umgekehrt in der Anmaßung einer Servitut an demselben liegende theilweise Beeinträchtigung seines Rechts abzuwehren. Zu diesem Zweck eine utilis confessoria beziehungsweise negatoria actio, also eine prätorische Klage für denselben aufzustellen, wäre dem Verhältniß nicht angemessen gewesen, weil es eben ein civilrechtliches war[66]; daher ergriff man den Ausweg, für solchen Fall die confessoria actio, wie sie zum Schutze des Usufructus dient, anzuwenden, vermuthlich mit einer angemessenen Modification der Formula, um anzudeuten, daß nur eine gewisse Modalität im Gebrauche der Sache den eigentlichen Gegenstand des Streites

[64] Viele Stellen deuten darauf, daß die Intention die Behauptung des jus eundi agendi u. s. w. als eines dem Kläger zustehenden Rechts enthielt; z. B. intendere jus sibi esse ire agere, wie uti frui, und umgekehrt intendere jus adversario non esse aedificare. L. 9. pr. D. si serv. vind. 8. 6. Vgl. L. 4. §. 7 8. L. 6. pr. L. 8. §. 5. 6. L. 17. pr. D. ibid. §. 2. J. de action. 4. 6. Gai. IV. 3. Nach andern Stellen könnte man auf die Intention: fundo deberi sc. servitutem schließen, z. B. L. 2. §. 1. 2. L. 19. D. l. c., wenn nicht eben so oft auch wieder mit Beziehung auf den berechtigten Eigenthümer gesagt würde: ei deberi servitutem, z. B. L. 4. pr. §. 7. L. 8. pr. D. l. c.

[65] Vgl. L. 2. §. 1. D. l. c.

[66] Man könnte entgegnen, es werde ja auch in verschiedenen andern Beziehungen dem Usufructuar utilis actio gegeben, wo dem Eigenthümer directa actio zukomme, z. B. legis Aquiliae, L. 10. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2.; aquae pluviae arcendae, L. 22. pr. D. h. t. 39. 3.; allein diese Klagen betreffen nicht unmittelbar das dingliche Recht des Usufructuars, sondern nur persönliche Ansprüche, die daraus hervorgehen können, und was die lex Aquilia insbesondere betrifft, so erzeugte bekanntlich ihr beschränkter Ausdruck auch sonst noch vielfältig das Bedürfniß, durch utiles actiones nachzuhelfen.

bilde[67]. Das dingliche Recht des Emphyteuta dagegen wie des Superficiars beruhte selbst nur auf dem prätorischen Rechte; die Hauptklage zur Geltendmachung des Rechtes im Ganzen war selbst nur eine prätorische Klage, analog der Eigenthumsklage; daher war es das einfachste und natürlichste, denselben eben so auch in Ansehung jener partiellen Verletzungen ihres Rechts die entsprechenden, sonst dem Eigenthümer zustehenden Klagen als utiles actiones einzuräumen[68]. Auf den Besitz konnte bei ihnen so wenig wie beim Eigenthümer in dieser Beziehung etwas ankommen.

Täusche ich mich nicht, so ist durch die bisherige Ausführung vollständig erwiesen, daß, was Savigny als unläugbar bezeichnet, die corporis possessio des Emphyteuta, von ihm und allen denjenigen, welche mit ihm diesen Besitz als abgeleiteten oder doch als einen anomalen Fall juristischen Besitzes ansehen, ohne genügenden Grund angenommen worden ist. Es bleibt also noch übrig, die Ansichten derjenigen zu prüfen, welche aus der Natur des Verhältnisses die Behauptung ableiten, daß dem Emphyteuta juristischer Besitz der Sache zukomme, und welchen deßhalb jeder anderweitige Beweis dafür entbehrlich scheint. Ich hebe unter diesen zuerst Puchta hervor, welcher Begriff und Bezeichnung des abgeleiteten Besitzes im Allgemeinen nicht verwirft, aber auf den Besitz des Emphyteuta nicht anwendbar findet. Als ein selbständiges Recht, sagt Puchta, d. i. als juristischer Besitz, gelte nur der Besitz mit dem animus domini, bei dem die Totalität des körperlichen Verhältnisses durch deu eben so totalen Willen der Person gedeckt werde, und den animus domini charakterisirt er näher als den dem körperlichen

[67] L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. 7. 6. Vgl. L. 2. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Uebrigens bin ich geneigt zu glauben, daß manche römische Juristen es dennoch vorzogen, auch dem Usufructuar utilis confessoria zu geben, oder gar behaupteten, derselbe könne auch civiliter intendere ius sibi esse ire agere etc., und vielleicht bestand darüber ein Streit unter den Schulen. In L. 1. pr. cit. wird auf die Autorität der beiden Häupter der Proculianer, Labeo und Nerva, Bezug genommen. Dagegen hat der Sabinianer Julian behauptet: fructuario vindicandarum servitutum jus esse, L. 1. §. 4. de remission. 43. 25. Wenn man dieß auch nicht schlechthin einen Widerspruch im Justinianischen Recht nennen kann, so macht doch es eine abweichende Ansicht Julian's wahrscheinlich, da es in L. 1. cit. geradezu heißt: servitutem eum vindicare non posse; und wahrscheinlich hat Marcellus gegen Julian (lib. VIII. apud Julianum) die Meinung des Labeo und Nerva vertreten. L. 5. §. 1. D. cit. steht dieser Annahme nicht entgegen, weil der Nachsatz, mit direkter Rede (vindicare debet), nicht aus Julian entlehnt ist. — Gleiche Meinungsverschiedenheit scheint auch in Betreff der aquae pluviae arcendae actio bestanden zu haben. L. 22. pr. D. 39. 3.: quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio aquae pluviae arcendae dari debeat, an vero etiam contendat jus sibi esse uti frui? Pomponius entscheidet: magis est utilem a. p. a. ei actionem accommodari. Eine Spur der entgegengesetzten Meinung hat sich in L. 3. in fine ibid. erhalten.

[68] Der prätorische Charakter der in rem actio des Superficiars ist unzweifelhaft, L. 1. D. h. t. 43. 18.; bei der vectigalis actio ist er, wie in der ersten Abtheilung dieses Aufsatzes gezeigt wurde, höchst wahrscheinlich. Auch auf den Pfandgläubiger kann man das Gesagte anwenden, da auch die hypothecaria actio prätorischen Ursprungs ist. — Das interdictum de itinere, welches selbst eine prätorische Klage ist, wird auch dem Usufructuar als utile eingeräumt. L. 2. §. 3. D. si serv. vind. 8. 6.

Verhältniß vollkommen entsprechenden Willen, die Sache total für sich zu haben, als den Willen eines Eigenthümers, den Willen, wie ihn der besitzende Eigenthümer hat, den Willen vollständiger Zueignung der Sache[69]. Diesen Grundsatz findet er überschritten bei dem Sequester und dem Pfandgläubiger, welchen ein juristischer Besitz beigelegt wird, „der es an sich nicht wäre und nur auf einer in diesen Fällen dem Bedürfniß nachgelassenen Uebertragung beruht". Dem Emphyteuta dagegen, behauptet er, lasse sich jener Wille, die Sache total für sich zu haben, nicht absprechen; der Animus des Emphyteuta sei so total, wie es nur immer der Wille eines Eigenthümers sein könne[70], er habe also juristischen Besitz, der es an sich schon sei. Allein was Puchta hier sagt, ist — nicht wahr. Es ist nicht wahr, daß der Wille des Emphyteuta so total sei, wie es der Wille eines Eigenthümers nur sein könnte, oder, wenn es wahr ist, so ist es nur wahr in einem Sinne, in welchem man auch dem Usufructuar einen solchen Willen beilegen müßte. Es ist nicht wahr, daß, wer als Emphyteuta besitzt, den Willen vollständiger Zueignung der Sache habe. Die Possessio desselben ist nicht als selbständig gewordene Ausübung des Eigenthums[71] aufzufassen, oder man müßte es für einerlei halten, ob jemand eine Sache nur mit dem Willen, das Recht der Emphyteuse daran auszuüben, oder mit dem Willen, dieselbe sich ganz und gar zuzueignen und als Eigenthümer zu behandeln, in Besitz nehme; man müßte am Ende annehmen, daß die Emphyteuse eigentlich — Eigenthum sei.

Wer als Emphyteuta besitzt, hat allerdings den Willen, soweit der Umfang des emphyteutischen Rechts reicht, die Sache mit Ausschließung des Eigenthümers zu beherrschen. Solchen Willen aber hat auch — wer als Usufructuar besitzt. Daß das Recht des Emphyteuta weiter geht, als das des Usufructuars, macht in dieser Beziehung keinen wesentlichen Unterschied. Beide wollen die Detention der Sache mit völliger Ausschließung des Eigenthümers, gegen den sie dieselbe auch kraft dinglichen Rechts behaupten können. Beide legen sich auch die ausschließliche Befugniß zu, über die Sache zum Zwecke der Benutzung zu verfügen; in dieser Beziehung besteht nur regelmäßig der Unterschied unter ihnen, daß der erste in der Art und Weise der Benutzung der Sache weniger beschränkt ist als der letzte, welcher Unterschied jedoch hier um so weniger als ein wesentlicher in Betracht kommen kann, da durch besondere

69 Pand. §. 123. 125. — Institut. II. S. 517. 539 f.

70 Rechtslexikon Bd. 2. S. 48. — Richter's krit. Jahrb. 1837. S. 679.

71 Puchta, Institut. II. S. 541.

Bestimmung einerseits das Recht des Emphyteuta mehr eingeschränkt, andererseits das Recht des Nutznießers erweitert werden kann. Dagegen erkennen beide an, daß das Eigenthum der Sache einem Andern zustehe, daß an diesen unter bestimmten Voraussetzungen auch das unbeschränkte Verfügungsrecht zurückfalle, daß sie daher auch nicht jede beliebige Verfügung über die Sache sich erlauben, daß sie namentlich dieselbe nicht verschlechtern, geschweige denn vernichten dürfen, und daß auch wegen Ueberschreitung ihrer Befugnisse in der angegebenen Beziehung rechtliche Einsprache von Seiten des Eigenthümers zu gewärtigen sei[72]. Und der als Emphyteuta Besitzende erkennt noch insbesondere die Verpflichtung an, seine Benutzung der Sache dem Eigenthümer durch regelmäßige Zahlung des Canon zu entgelten, eine Verpflichtung, deren längere Nichterfüllung ihm den Verlust des Rechtes selbst zuziehen könnte. Ich kann demnach nicht erkennen, daß der Wille des Emphyteuta eben so total sei, als der des Eigenthümers, der sich die Befugniß beilegt, ganz nach Willkür über die Sache zu schalten, oder daß er totaler sei als der des Nutznießers, der ebenfalls, so lange sein Recht dauert, jede fremde Einwirkung auf die Sache abwehrt. Man würde auch gewiß nicht darauf gekommen sein, diesen Unterschied hier geltend zu machen, wenn nicht das emphyteutische Recht vererblich und veräußerlich wäre, während das Recht des Nießbrauches jedenfalls mit dem Tode des Nutznießers sich endigt und also immer in nicht gar zu langer Zeit die Wiederherstellung der Unbeschränkheit des Eigenthums zu erwarten ist. Der Umstand aber, daß das Recht des Emphyteuta auf dessen Erben übergeht und daß er es durch Veräußerung auch auf andere übertragen kann, verändert nicht den Willen der Beherrschung, so lange er das Recht behält. Indem er sich als Emphyteuta betrachtet, muß er zwar sich das Recht beilegen, einen Andern statt seiner in dasselbe Verhältniß zur Sache zu setzen; aber dieß ist keine Verfügung über die Sache, sondern nur eine Verfügung über die Herrschaft, welche er in Ansehung der Sache bisher

[72] In den krit. Jahrb. a. a. O. sagt Puchta zuerst, es genüge, „daß sie (d. i. die als Besitzer gelten sollen) die Sache factisch eben so beherrschen wollen, wie ein Eigenthümer kraft seines Rechts zu thun befugt ist". Dann bemerkt er in Betreff des Emphyteuta: „in der Bestimmung der Sache für die Agricultur liegt seine einzige Beschränkung; dieß vorausgesetzt, ist auch die Absicht des Eigenthümers nicht auf eine totalere Unterwerfung gerichtet, der Emphyteuta will dieses Ackergut als solches so vollständig für sich haben, wie es nur der Eigenthümer könnte, der nur dadurch von ihm verschieden ist, daß er die Sache zu einer andern machen kann, während jener zur Agricultur verpflichtet ist". In der That erkennt darin Puchta selbst an, daß der als Emphyteuta Besitzende das Gut nicht vollkommen eben so wie der Eigenthümer beherrschen will. Es ist aber zudem nicht richtig, daß in der Bestimmung der Sache zur Agricultur die einzige Beschränkung des Emphyteuta liege; er darf auch in der Verwendung des Grundstücks zur Agricultur nicht ganz willkürlich verfahren, wie der Eigenthümer, sondern immer mit Rücksicht darauf, daß nicht das Gut im Ganzen verschlechtert werde. Vgl. Rechtslexikon Bd. III. S. 862. (oben S. 216.)

behauptete. Auch kann wer als Emphyteuta besitzt, consequent nicht anders veräußern wollen, als unter Beobachtung der besondern Vorschriften, die für die Veräußerung des emphyteutischen Rechts bestehen, wodurch das Recht des Eigenthümers recht deutlich anerkannt wird. Uebrigens kann ja auch die Emphyteuse mit einer bestimmten Zeitgränze bestellt sein, die dann, wie sie heranrückt, eben dieselbe Bedeutung für dieses Rechtsverhältniß hat, wie der Tod des Nutznießers für den Nießbrauch; und Niemanden wird es einfallen, aus Rücksicht auf die bald bevorstehende Endigung des Rechtsverhältnisses die jetzt noch bestehende Herrschaft über die Sache anders anzusehen.

Es ist also kein so wesentlicher Unterschied zwischen der Emphyteuse und dem Nießbrauch, daß man in der Ausübung der einen den Willen, die Sache total für sich zu haben, erkennen könnte, während dieser in der Ausübung des andern sich nicht kund geben soll. Mit Recht fragt Savigny: was vermag hier das Mehr oder Weniger? und wo ist die Gränze?[73] Man kann nicht absehen von der in beiden Fällen vorliegenden Anerkennung, daß einem Anderen das Eigenthum zustehe, nicht von der in beiden Fällen vorliegenden Absicht, nur ein jus in re aliena auszuüben. Es ist eine bloße Täuschung, wenn man glaubt, darüber hinwegzusehen; denn man kann die hier verhandelte Frage gar nicht einmal stellen, ohne auf die Absicht zu schauen, die Frage, ob wer als Emphyteuta, d. i. in jener Absicht eine Sache besitzt, juristischer Besitzer der Sache sei? Ob der Besitzende glaube, das Recht zu haben, darauf kommt es auch hier nicht an; genug daß er, während er zugleich die Detention hat, die Sache als Emphyteuta behandeln will und nichts anderes, als dieses, nicht als Eigenthümer sie behandeln will. Auch wer nach dem Tode eines Emphyteuta unbefugter Weise das emphyteutische Grundstück in Besitz nimmt oder gewaltsamer Weise den wahren Emphyteuta verdrängt und nun selbst als solcher auftritt, besitzt als Emphyteuta und besitzt die Emphyteuse; es ist aber offenbar ein wesentlich verschiedener Fall, wenn jemand in der Absicht, um sie ganz gleich dem Eigenthümer zu behandeln, der Sache sich bemächtigt, also auch das Recht des Eigenthümers so wenig wie das des verdrängten Emphyteuta factisch anerkennt, gerade so wie die gewaltsame Entsetzung eines Usufructuars eine wesentlich verschiedene Handlung ist, je nachdem man sie nur vornimmt in der Absicht, sich selbst in Besitz des Nießbrauches zu setzen, oder in der weitergreifenden Absicht, sich der Sache ganz und gar zu bemächtigen.

[73] Besitz S. 145.

Mit Puchta stimmt Schröter in so fern überein, als auch er dem als Emphyteuta Besitzenden wahren animus domini beilegt; er geht nur noch weiter, indem er auch in solchen Fällen, wo Puchta nur abgeleiteten Besitz oder selbst nur juris quasi possessio anerkennt, ebenfalls das Dasein des animus domini und deßhalb auch des juristischen Besitzes der Sache behauptet [74]. Diese Ansicht ist schon von Savigny mit wenigen aber genügenden Worten abgewiesen [75], und soweit sie mit der von Puchta übereinstimmt, steht ihr Alles entgegen, was so eben gegen diese bemerkt worden ist. Schröter hatte ein richtiges Gefühl des Wahren, indem er es für gut hielt, den unrömischen Ausdruck jus in re aliena zu vermeiden, weil dieser dem Begriffe des animus domini an derselben Sache fast unwillkürlich störend entgegentrete. Aber er täuschte sich, wenn er dieser Störung durch Vermeidung jenes Ausdrucks zu entgehen glaubte; er müßte nicht bloß den Ausdruck, sondern auch den Begriff, den dieser bezeichnet, in Anwendung auf die Emphyteuse vermeiden; denn daß die Emphyteuse ein jus in re aliena ist, nicht daß sie so genannt wird, das ist es, was der Annahme des animus domini in der Person desjenigen, der nur als Emphyteuta besitzen will, störend entgegentritt.

Auf eigene Weise sucht Kierulff den Besitz des Emphyteuta wie des Superficiars zu rechtfertigen [76]. Dieser Schriftsteller hebt als den wesentlichen Charakter, als unentbehrliches Merkmal des Besitzes, der als juristischer gelten soll, den einmal durch die That bekräftigten und als wirkliche Herrschaft über die Sache bewährten Willen hervor. Der Besitz ist ihm subjektiver natürlich wirklicher Wille, d. h. der durch die That realisirte Wille, welcher nur für sich, auf sich selbst bezogen ist, wobei es gleichgiltig ist, ob er durch Recht oder Unrecht entstanden, ob sein Bestehen mit Recht oder Unrecht verbunden sei. „Der Besitz", sagt er, „ist zwar Ausübung eines Rechtsinhalts, aber nicht Ausübung eines Rechts. Der Besitzer übt das, was den Stoff, das Objekt eines Rechts ausmachen kann, für sich aus, aber die Natur des Besitzes fordert weder, daß er es als ein Recht haben will, noch auch, daß er es als ein Recht zu haben glaubt". — „Nicht minder ist es für den Begriff gleichgiltig, ob der Besitzer das Recht oder bessere Recht eines Andern an der von ihm besessenen Sache anerkennt oder nicht. Eine solche Anerkennung geht hervor aus dem besonderen Rechtsverhältniß,

[74] Gießener Zeitschr. Bd. II. S. 237—243.

[75] Besitz a. a. O. Vgl. auch Puchta a. a. O. 678.

[76] Civilr. I. S. 358—364.

in welchem er sich zu dem von ihm als berechtigt anerkannten Subjekt befindet, nicht aber aus dem Wesen seines Besitzes, für welchen es eben auf jenes Rechtsverhältniß gar nicht ankommt". Daher dürfe man unter animus domini, wenn man den Besitzwillen so nenne, nichts anderes verstehen als den Willen, faktisch Herr des Objekts zu sein und die Sache für sich zu haben, nicht als ob darin eine Beziehung auf eigenes Recht und die Nichtanerkennung eines fremden Rechts liege; jener animus aber komme jedem Besitzer zu, nicht etwa bloß demjenigen, welcher zugleich rechtlich Eigenthümer der Sache ist oder sich das Eigenthum widerrechtlich anmaßt. Daß nun hiernach der Emphyteuta wie der Superficiar juristischen Besitz der Sache habe, glaubt denn der Verfasser auf folgende Weise darzuthun. Die Natur des neueren römischen (eigentlich unrömischen) Eigenthums, sagt er, sei die, daß die rechtlich begründete Herrschaft über eine Sache die rechtliche Gewalt eines Andern über die nämliche Sache neben sich dulde, und nicht nur, wenn auch praktisch noch so sehr verkürzt, juristisch dennoch fortbestehe, sondern auch als Quelle, als Grund, aus welchem jene beschränkenden Rechte hervorgegangen sind und in welches ihr Inhalt nach dem Aufhören der Rechte selbst zurückfließe, sich geltend machen könne. Der gemeinsame Charakter der Emphyteuse und Superficies bestehe demnach darin, daß hier die res ipsa, woran jemand schon das Eigenthum hat, dem Recht eines Andern, und zwar ohne Untergang jenes Eigenthums selbst, unterworfen werde. Wer nun seine Sache einem Andern zum Behuf der Constituirung eines emphyteutischen Rechts oder einer Superficies einhändige, gebe ihm zugleich die ausschließliche faktische Herrschaft der Sache selbst und auch der Empfänger wolle dieses corpus für sich haben und beherrschen. „Darum", schließt der Verfasser, „hat er eine corporis possessio, obgleich er das Recht des dominus vermöge der Natur seines Rechtsverhältnisses zu ihm fortwährend anerkennt, worauf es aber für den Begriff seines Besitzes nicht ankommt".

So viel mir scheint, ist diese Deduction eben so ungenügend, als eine Reihe anderer Versuche, welche Savigny bereits in der sechsten Auflage seines Werkes nach Gebühr abgefertigt hat. Man könnte auf dieselbe Weise eben so gut darthun, daß der Nutznießer juristischen Besitz der Sache haben müsse. Was könnte Kierulff dagegen einwenden, wenn ein Anderer etwa folgendermaßen raisonniren wollte? „Dem Princip der Ausschließlichkeit des alten römischen Eigenthums zwang das praktische Bedürfniß zuerst nur die Gestattung der ländlichen, dann auch der städtischen Servituten ab. Der Charakter dieser Rechte ist aber der, daß die

ausschließliche Gewalt des Eigenthümers über die Sache nur in gewissen Beziehungen beschränkt, dieselbe jedoch im Ganzen jener unterworfen bleibt. Später aber bildete sich das tiefer in jenes Prinzip einschneidende Recht des Nießbrauches aus, vermöge dessen das Eigenthum die unmittelbar die ganze Sache ergreifende Gewalt eines Andern neben sich dulden muß, und doch nicht nur, wenn auch zur Zeit als ein leeres (nuda proprietas) erscheinend, fortbesteht, sondern auch als Quelle, als Grund, aus welchem jenes Recht hervorgegangen ist und in welches sein Inhalt nach Aufhören desselben zurückfließt (revertitur ad proprietatem), sich praktisch geltend machen kann. Wer daher einem Andern seine Sache zum Behuf des Nießbrauches einhändigt, der gibt ihm zugleich die ausschließliche faktische Herrschaft der Sache selbst, und auch der Empfänger will dieses corpus, so lange sein Recht dauert, mit Ausschließung des Eigenthümers für sich haben und beherrschen. Darum hat er corporis possessio, obgleich er das Recht des dominus, die nuda proprietas, vermöge der Natur seines Rechtsverhältnisses zu ihm fortwährend anerkennt".

Freilich behauptet Kierulff, der gemeinsame Charakter aller Servituten, der persönlichen wie der Grunddienstbarkeiten, bestehe darin, daß hier nicht die Sache selbst (ipsum corpus, ipsa res s. substantia rei) dem Recht eines Andern unterworfen werde, sondern das Dienen der Sache (servire, servitus) den Inhalt des fremden Rechts ausmache, daß daher jedes dieser Rechte immer nur salvo corpore, salva substantia constituirt werde und bestehe. Daher bestehe hier auch der Besitz nur in dem thatsächlich realisirten Willen, irgend eine Dienstbarkeit der Sache für sich zu haben, und sei seinem Umfang nach beschränkter als die corporis possessio, indem er nicht rem ipsam befasse. Die Sache sei hier nur das Objekt, woran dieser Besitz ausgeübt werde, und wenn z. B. der Fructuar die Sache innehaben müsse, um sein Benutzen und Gebrauchen zu realisiren, so besitze er sie doch nicht, sondern detinire nur nomine alieno.

Ich kann aber in all diesem keine Beweisführung, nur ein Herumdrehen derselben Behauptung erkennen. Der im Besitz befindliche Usufructuar hat ja wirklich die faktische Herrschaft über die Sache (die Detention) und diese gehört zur Ausübung seines Rechts; er will auch diese factische Herrschaft für sich haben, und will sie haben mit Ausschließung jedes Andern, auch des Eigenthümers; er will sie auch selbständig behaupten gegen diesen, wie gegen jeden Andern. In so fern befaßt also sein Besitz allerdings rem ipsam, die ganze Sache. Wenn man nun

dennoch sagt, er besitze nicht die Sache selbst, nicht ipsum corpus, ipsam rem, so kann dieß keinen andern Sinn haben, als: er behaupte die faktische Herrschaft über die Sache nicht mit dem Willen vollständiger Zueignung, sondern nur in der Absicht, ein das Eigenthum eines Andern nicht ausschließendes Recht daran auszuüben, also mit Anerkennung dieses Eigenthums des Andern, aus Rücksicht auf welches er auch nicht willkürlich über die Sache zu verfügen den Willen hat (salvo corpore, salva substantia). In diesem Sinne aber ergreift auch der Besitz des Emphyteuta nicht ipsam rem; auch dieser behauptet die faktische Herrschaft nur mit dem Willen, den emphyteutischen Rechtsstoff, d. i. den Inhalt eines das Eigenthum eines Andern nicht ausschließenden, sondern vielmehr dessen Anerkennung voraussetzenden Rechtes auszuüben, die Sache nicht vollständig als eigene zu behandeln, sondern nur als Emphyteuta sie zu beherrschen. Daß die Befugnisse des Emphyteuta in Ansehung des Gebrauchs und der Nutzung der Sache weiter gehen, als die des Nutznießers, macht nichts aus; sein Recht besteht gleichwohl auch, wie der Nießbrauch, nur salvo corpore, salva substantia; wenn dieß nicht der Fall wäre, so müßte man behaupten, daß es das Eigenthum gänzlich absorbire, daß es nicht mehr ein bloßes jus in re aliena wäre. Man kann daher den Inhalt der Emphyteuse eben so gut wie den des Nießbrauches als ein Dienen der Sache bezeichnen, und den Besitz derselben als den thatsächlich realisirten Willen, diese Dienstbarkeit der Sache, dieses emphyteutische Nutzen derselben zu haben, und wenn, so kann man auch hier sagen, der Emphyteuta, um dieses emphyteutische Gebrauchen und Nutzen oder diese emphyteutische Herrschaft über die Sache zu realisiren, dieselbe körperlich inne haben muß, so besitzt er sie selbst doch nicht, sondern detinirt sie nur nomine alieno, im Namen desjenigen, den er als den Eigenthümer anerkennt. Die Wichtigkeit dieses letzten Moments wird in obiger Ausführung nicht gehörig gewürdigt; es wird übersehen, daß durch dasselbe wesentlich der Animus des Besitzenden bestimmt wird. Auf das Wissen oder Glauben, daß ein Anderer ein besseres Recht habe, kommt es dabei freilich nicht an, so wenig wie darauf, ob der Besitzende ein Recht zum Besitze zu haben glaubt oder auch nur einmal dafür gelten wolle, als ob er das Recht habe. Nur auf die faktische Anerkennung und Nichtanerkennung des Eigenthums eines Andern kommt es an. Das aber ist auch von wesentlicher Bedeutung, ob der Wille auf eine solche Herrschaft über die Sache gerichtet ist, welche das Eigenthum des Andern gänzlich beiseite setzt oder ignorirt, thatsächlich nicht achtet, oder vielmehr nur den Inhalt eines

Rechts, welches das Eigenthum nicht ausschließt, also auch nicht eine eigenthumsgleiche Herrschaft über die Sache begründet, für sich haben will. Wo das letzte der Fall ist, wo also die Anerkennung fremden Eigenthums vorliegt, da ist eben der Wille nicht auf eine solche totale Herrschaft über die Sache gerichtet, wie sie rechtlich, nämlich kraft des Eigenthums, möglich ist, oder man müßte behaupten, daß jenes Recht die Sache eben so total der Gewalt des Berechtigten unterwerfe, wie das (unbeschränkte) Eigenthum, d. h. wie ich schon oben sagte, eigentlich — Eigenthum sei. Bei dem als Emphyteuta Besitzenden ist aber dieses eben so gut der Fall, wie bei dem Besitzer einer Servitut; jener will eben so nur den „emphyteutischen Rechtsstoff", den Inhalt des emphyteutischen Rechts, nicht den ganzen Eigenthumsinhalt, wie dieser den „Servituteninhalt" für sich, als den seinigen haben.

Aber auch das ist eine schiefe, nur halbwahre Bemerkung, daß die Anerkennung des fremden Eigenthums nur hervorgehe aus dem besondern Rechtsverhältniß, in welchem sich der Besitzende zu dem von ihm als berechtigt anerkannten Subjekt befinde, auf welches Rechtsverhältniß es bei dem Besitze eben nicht ankomme. Schief ist diese Bemerkung in doppelter Rücksicht. Denn erstens ist es gar nicht nothwendig, daß derjenige, welcher als Emphyteuta besitzt, ein bestimmtes Subjekt als das berechtigte ihm gegenüber anerkenne. Da das Recht ein dingliches ist, so kann er es gegen jeden in gleicher Weise geltend machen, und wenn sich mehrere um das Eigenthum streiten, so braucht er sich darum nicht zu bekümmern; er kann, ohne den einen oder den andern als Eigenthümer anzuerkennen, sein Recht gegen alle behaupten, wenn er sich nur bereit zeigt, gegen denjenigen, der sich als Eigenthümer legitimirt, die ihm obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, eben so wie es den Usufructuar nicht angeht, ob etwa Erben und Legatarien seines Constituenten über das Eigenthum, die nuda proprietas, mit einander streiten, da sein Recht gegen jeden besteht, wer er auch sei. Daher kann es auch kommen, daß der Usufructuar, und eben so der Emphyteuta, im Besitze ist, ohne alieno nomine, d. i. im Namen eines bestimmten Andern, zu besitzen, weil der Eigenthumsbesitz zur Zeit von keinem erworben und keiner noch von ihm als Eigenthümer anerkannt ist. Gleichwohl ist der Wille des Besitzenden in Ansehung desjenigen, was er für sich haben will, eben derselbe, der Wille, den Inhalt des Ususfructus oder des emphyteutischen Rechts für sich zu haben. Dann aber zweitens kann es auch der Fall sein, daß ein Rechtsverhältniß zu demjenigen, welchen der Besitzende als Berechtigten anerkennt, wirklich gar nicht vorhanden

ist, daß auch dieses bloß faktisch angenommen oder anerkannt wird. Es ist möglich, daß ein wahrer Emphyteuta, wissend oder unwissend, einen Andern als Eigenthümer anerkennt und sich demselben gegenüber als Emphyteuta benimmt, der doch wirklich nicht Eigenthümer ist, zu welchem er daher in der That in keinem Rechtsverhältnisse steht. Es ist auch möglich, daß jemand, der nicht Emphyteuta ist und auch recht wohl weiß, daß er das Recht nicht hat, einen Andern als Eigenthümer anerkennt und behandelt, von dem er ebenfalls weiß, daß er nicht der wahre Eigenthümer ist. Und doch besitzt auch in diesen Fällen jener die Emphyteuse und durch ihn dieser (nach unserer Ansicht) die Sache, weil es bei dem Besitze allerdings auf das Dasein eines Rechtsverhältnisses nicht ankommt. Daß aber die faktische Anerkennung eines solchen Rechtsverhältnisses einen wesentlichen Unterschied in Ansehung der Willensrichtung des Besitzenden und des eigentlichen Gegenstandes des Besitzes begründe, das scheint mir gerade aus diesen Fällen klar hervorzuleuchten.

Somit kann man auch auf Kierulff's Ausführung anwenden, was Savigny in Beziehung auf andere Versuche gegen seine Theorie gesagt hat, daß viele Mühe ohne Resultat angewendet worden sei. Wir bleiben also bei Savigny's Meinung stehen, daß nach der Natur der Sache, nach innerer Consequenz, dem Emphyteuta oder dem als solcher Besitzenden nicht corporis possessio, sondern nur juris (emphyteutici) quasi possessio beizulegen wäre, daß es daher besonderer positiver Gründe bedürfe, um die erste für ihn zu behaupten. Da wir nun aber oben gesehen haben, daß man bisher noch keinen solchen Grund, der als stichhaltig anerkannt werden könnte, beigebracht habe, so müssen wir bei der Behauptung bleiben, daß hier nur quasi possessio vorliege. Ich will mich jedoch nicht damit begnügen, die entgegengesetzte Ansicht bloß wegen mangelnden Beweises abzuweisen, sondern auch noch versuchen zu zeigen, daß die von mir vertheidigte, wie die consequentere, so auch die praktisch brauchbarere und angemessenere ist?

Worin denn, frage ich, besteht das praktische Resultat, wenn man dem Emphyteuta juristischen Besitz der Sache selbst beilegt.

Man hat behauptet, der Zweck der Emphyteuse würde ohne wirklichen Besitz der Sache gar nicht oder nicht so vollkommen erreicht werden können [77]. Gar nicht? das wird niemand im Ernste behaupten. Freilich, wirklichen Besitz im gewöhnlichen Sinne muß man haben, um jenen Zweck zu erreichen; aber der ist auch nothwendig, um den Zweck des Nießbrauches zu erreichen. Juristischer Besitz der Sache aber, d. h. ein

[77] Pfeiffer über den Begriff des Besitzes. Tübing. 1840. S. 71 f. — Sintenis, Civilrecht S. 536.

solcher, der des selbständigen Rechtschutzes durch die possessorischen Interdikte genießt, ist nicht einmal schlechterdings erforderlich, um den Zweck des Eigenthums zu erreichen, geschweige den der Emphyteuse. Ein Rechtssystem, welches dem bloßen Besitz als solchem gar keinen Rechtschutz darböte, würde zwar allerdings an einer fühlbaren Lücke leiden, aber die Erreichung des Zwecks des Eigenthums, wenn man nur die Eigenthumsklage nicht abschneidet, wäre dennoch nicht unmöglich; und in Betreff der Emphyteuse würde die vectigalis actio denselben Dienst leisten, wie für das Eigenthum die Eigenthumsklage. Aber warum auch nur „nicht so vollkommen"? So lange der Emphyteuta ungestört im Besitze sich befindet, ist es für die Erreichung seiner Zwecke ganz einerlei, ob dieser Besitz juristischer Besitz oder bloße Detention sei; es genügt ihm, daß er im Stande ist, die Sache so zu gebrauchen und zu benutzen, wie es sein Recht ihm gestattet. Den Vortheil des juristischen Besitzes könnte man also nur darin finden, daß er gegen Störungen mehr gesichert sei, daß er nicht sofort zu seinem dinglichen Rechtsmittel greifen müsse, wenn ihm jemand die Detention der Sache streitig macht oder entzieht. Allein diese Sicherheit genießt er in demselben Maße, wenn ihm auch nur juris quasi possessio beigelegt und der dieser entsprechende Schutz gewährt wird, wie dem Usufructuar. Es ist vollkommen richtig, was Savigny bemerkt, daß die Annahme einer quasi possessio mit gleicher Wirkung wie beim Usufructus auch hier alle Interessen befriedigt hätte.

Dagegen ist es leicht zu zeigen, daß durch die Annahme einer corporis possessio des Emphyteuta n i c h t alle Interessen befriedigt werden. Wird nämlich dem Emphyteuta oder demjenigen, der sich als solcher gerirt, juristischer Besitz der Sache selbst beigelegt, so folgt, daß nun der Eigenthümer oder derjenige, welcher als solcher betrachtet wird, gar keinen Besitz hat. Und darin allein besteht auch die ganze praktische Bedeutung der Behauptung, daß der Emphyteuta corporis possessio habe [78]. Ihre Bedeutung ist nicht die, daß dem Emphyteuta wesentlich mehr Recht eingeräumt würde, als er auch ohnedieß hätte, sondern nur die, daß dem Eigenthümer der Besitz abgesprochen wird. Dieß ist aber hauptsächlich in zweifacher Beziehung wichtig.

[78] Bei der Superficies nimmt Kierulff S. 368., indem er dem Superficiar corporis possessio beilegt, zugleich auch noch jurististischen Besitz für den Eigenthümer des Bodens an, der nur gegen den Superficiar als Besitzer des Gebäudes keine Wirkung äußere. Eben so mehrere Andere und selbst solche, die sonst den Begriff des abgeleiteten Besitzes gelten lassen, wie Vangerow und Büchel, die hier von einer quasi corporis possessio sprechen. Nach dieser Ansicht ist der Streit darüber, ob der Superficiar corporis possessio habe oder nicht, von gar keiner Bedeutung.

Vorerst ist es von wesentlichem Einfluß, wenn sich fragt, ob derjenige, der sich kraft rechtmäßigen Erwerbgrundes in gutem Glauben für den Eigenthümer des Grundstücks hält, an welchem einem Andern wirklich oder vermeintlich das Recht der Emphyteuse zusteht, das Eigenthum durch Ersitzung erwerben könne? Dieß kann für den emphyteutischen Besitzer selbst vom größten Interesse sein; denn wenn die Emphyteuse durch den Usucapionsbesitzer bestellt worden ist, so hängt die Befestigung auch seines Rechts davon ab, daß der Letzte Eigenthümer wird, und es wäre also seinem eigenen Interesse zuwider, diesem den Besitz zu entziehen, wenn dadurch die Ersitzung demselben abgeschnitten würde. Es kann aber auch der Fall sein, daß die Emphyteuse selbst rechtlich vollkommen begründet ist, und nur das Recht desjenigen, der zur Zeit als Eigenthümer gilt, noch der Sicherung durch Ersitzung bedarf, wenn nämlich nach rechtsgiltiger Errichtung der Emphyteuse das Eigenthum (dominium emphyteuseos) — ohne vollkommene Wirkung auf einen Andern übertragen worden ist, der sich nun in gutem Glauben für den Eigenthümer hält und auch vom Emphyteuta dafür anerkannt wird. Nach der strengen Consequenz der Ansicht, welcher diese Abhandlung entgegentritt, müßte in dem ersten Falle durch die Hingabe der Sache an den Emphyteuta die begonnene Ersitzung unterbrochen werden und könnte in dem andern Falle die Ersitzung gar nicht anfangen. Jeder aber wird, wenn er auch etwa über das letzte sich hinaussetzt, empfinden, daß das erste ganz und gar unangemessen sei; es ist systematisch, ich möchte sagen, unerträglich, daß hier die Ersitzung ausgeschlossen sein soll, zum Nachtheil sowohl des Emphyteuta wie des vermeintlichen Eigenthümers, während der letzte ohne Gefährdung der begonnenen Ersitzung die Sache einem Pfandgläubiger oder Usufructuar oder auch einem Superficiar hingeben und durch vollständige Veräußerung auch den Usucapionsbesitz mit accessio possessionis auf einen Andern übertragen könnte. Daher haben denn auch solche, die dem Emphyteuta juristischen Besitz beilegen, also dem Eigenthümer denselben absprechen, behauptet, daß dieser quoad usucapionem dennoch den Besitz fortsetze, eben so wie in dem Falle, wenn er die Sache zu Pfand gegeben hat [79]. Auf diese Weise wird freilich jener Uebelstand vermieden. Aber man hätte sich die Noth-

[79] Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 249. — Vangerow, Pand. I. S. 280. (Warum dieser auch bei der Superficies dasselbe annimmt, begreife ich nicht, da ja nach seiner Ansicht (S. 278.) ungeachtet der quasi corporis possessio des Superficiars doch auch der dominus soli juristischen Besitz des Bodens behält, durch dessen Ersitzung er nothwendig auch das Gebäude ersitzen muß.) — Weniger entschieden sagt Kierulff S. 869: „Auch für die Fortdauer des Usucapionsbesitzes des bonae fidei possessor, welcher die Sache zur Emphyteusis hingegeben, lassen sich Gründe anführen, obwohl er sonst nicht, wie der Constituent einer Superficies, den Besitz behält.“

wendigkeit dieser Kur des Uebels ersparen können, wenn man sich dasselbe nicht vorher durch die unberechtigte Annahme einer corporis possessio des Emphyteuta geschaffen hätte.

Die andere Seite der Frage, die nun noch in Betracht kommt, ist die Möglichkeit possessorischen Rechtschutzes für den Eigenthümer. Davon kann keine Rede sein, wenn der Emphyteuta corporis possessio hat; quoad interdicta, muß man dann jedenfalls sagen, emphyteuta possidet. Der Emphyteuta hat aber kein Interesse dabei, daß dem Eigenthümer die Interdikte nicht zustehen; denn er ist jedenfalls durch die ihm als juris quasi possessor zustehenden Interdikte, so gut wie der Usufructuar[80], auch gegen den Eigenthümer geschützt, und der letzte kann die ihm als juristischem Besitzer der Sache selbst zustehenden Interdikte nicht zu einer Beeinträchtigung des emphyteutischen Besitzes benutzen, so wenig wie der Eigenthümer des Bodens gegen das Recht des Superficiars von den Interdikten wirksamen Gebrauch machen kann[81]. Dagegen wäre das Interesse des Eigenthümers oder vielmehr desjenigen, welcher faktisch für den Eigenthümer gilt, des Eigenthumsbesitzers, wie wir ihn nach unserer Ansicht ohneweiters nennen, keineswegs gehörig bedacht, wenn demselben jeder selbständige Besitzesschutz abgesprochen würde.

Betrachten wir zunächst das interdictum uti possidetis. Alle erkennen es wohl als die praktisch wichtigste Funktion dieses Interdikts an, durch die Entscheidung über den streitigen Besitz die Vertheilung der Parteirollen für einen bevorstehenden oder möglichen Eigenthumsstreit vorzubereiten[82], und Viele finden darin sogar den ursprünglichen Anlaß und die eigentliche Bestimmung dieses Interdikts[83]. Nun kann es aber leicht vorkommen, daß das Eigenthum an dem emphyteutischen Grundstücke unter Mehreren streitig ist, während das Recht des Emphyteuta von Allen anerkannt wird. Dem letzten ist es gleichgiltig, wer sich als Eigenthümer behaupte; er will für sich nichts anderes als das Recht der Emphyteuse behaupten, bereit, denjenigen als Eigenthümer anzuerkennen, der in dem Streite obsiegt. Sonst berührt ihn dieser Streit gar nicht. Wer soll nun hier klagen? und gegen wen? Nach meiner Ansicht ist die Antwort leicht: der Nichtbesitzer klagt gegen den Besitzer, d. i. gegen denjenigen, in dessen Namen bisher der Emphyteuta faktisch besessen hat, und wenn dieses selbst streitig ist, so wird darüber zuvor vermittelst des Interdikts eine Entscheidung herbeigeführt. Nach der entgegenstehenden

[80] L. 4. D. uti possidetis 43. 17. — Cf. L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. 43. 16.

[81] L. 3. §. 7. D. uti possidetis.

[82] So namentlich auch Savigny a. a. O. S. 476. Anm.

[83] Z. B. Vangerow, Pand. I. §. 336. — Puchta, Institut. II. S. 524.

Ansicht kann niemals ein Eigenthumsprätendent gegen den andern vindiciren, weil die Vindication nur gegen den Besitzer geht und weder der eine noch der andere Besitz haben soll, wenn der Emphyteuta im Besitze ist. Soll nun einer nach dem andern gegen diesen alleinigen Besitzer die Eigenthumsklage anstellen? Das ist nicht möglich, weil er den einen und den andern durch die Einrede, daß er als Emphyteuta zu besitzen ein Recht habe, das Eigenthum aber gar nicht in Anspruch nehme, abweisen würde. Und wenn es möglich wäre, so könnten beide nach einander gegen den Emphyteuta gewinnen, und der Unglückliche hätte nun zwei Herren. Oder sollen beide mit persönlichen Klagen auf Erfüllung der emphyteutischen Verbindlichkeiten, zu deren Begründung sie dann nur ihr Eigenthum nachzuweisen hätten, den Emphyteuta belangen? Dieß könnte ebenfalls zu ähnlichem widrigen Erfolge führen. In beiden Fällen bedürfte man besonderer Aushülfe, durch Cautionen, Adcitation u. a., um den eigentlichen Zweck ohne nachtheilige Nebenwirkung zu erreichen, und dieses nur, weil man gegen die Natur der Sache den eigentlich ganz außerhalb des Streites stehenden Emphyteuta zum Mittelpunkt desselben macht und nicht die Prätendenten des allein streitigen dominium emphyteuseos als eigentliche Parteien einander gegenüberstellt. Nicht einmal die laudatio auctoris wäre statthaft, wenn der Emphyteuta mit der Eigenthumsklage belangt wird, da sie nur eintreten soll, si quis alterius nomine quolibet modo possidens rem immobilem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat[84], nach jener Ansicht aber der Emphyteuta nicht nomine alieno possidet. Wie viel natürlicher und praktischer ist es dagegen, denjenigen, welcher bisher als der Eigenthümer galt und welchen namentlich auch der Emphyteuta faktisch als solchen anerkannte, als den eigentlichen Gegner hinzustellen, welchen der Prätendent mit der Eigenthumsklage zu belangen habe; wenn aber jenes selbst streitig ist, darüber vorerst durch ein possessorisches Verfahren eine Entscheidung zu erzielen.

Nicht minder unbefriedigend erweist sich die gegnerische Ansicht in Ansehung des interdictum de vi. Daß der Schutz gegen gewaltsame Aenderung des Besitzstandes auch dem Eigenthümer eines zur Emphyteuse gegebenen Grundstückes Bedürfniß und von großem Werthe sein könne, ist klar. Ist er aber nicht Besitzer, so kann er aus eigenem Recht nie das interdictum de vi gebrauchen, und selbst die Spolienklage, wenn man ihr auch eine weitere Ausdehnung gibt, kann ihm nicht zu Gebote stehen, da diese doch immer irgend eine Art von Besitz voraussetzt. Es

[84] L. 2. Cod. ubi in rem 3. 19.

ist möglich, daß der bisher als Eigenthümer Anerkannte aus diesem faktischen Verhältniß gewaltsam verdrängt wird, ohne daß der Emphyteuta selbst davon berührt würde. Ein Dritter kann sich die Ausübung derjenigen Befugnisse, welche jenem als Eigenthümer noch zustehen, z. B. den Empfang des Canon oder der Quinquagesima, gewaltthätiger Weise aneignen. Der Verdrängte könnte sich dagegen nicht schützen, weil er nicht behaupten könnte, de possessione dejicirt zu sein; er könnte nur zur dinglichen Klage seine Zuflucht nehmen, wodurch er in die Nothwendigkeit versetzt würde, sein Eigenthum zu beweisen, während er sonst Klage und Beweis des Gegners ruhig hätte abwarten können. Es ist ferner möglich, daß der Emphyteuta gewaltthätig des Besitzes entsetzt und dadurch zugleich der Eigenthümer aus dem bisherigen Besitzstande verdrängt wird, indem der Dejicient nicht bloß als Emphyteuta sich geriren will, sondern vollständig auch mit Hintansetzung der Rechte des Eigenthümers die Sache sich zueignet. In diesem Falle kann nun zwar der Emphyteuta durch das Interdikt die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes erwirken, und wenn er es thut, so kann dadurch mittelbar auch das Interesse des verdrängten Eigenthümers oder Eigenthumsbesitzers befriedigt werden, sofern auch er vom Emphyteuta wieder als Eigenthümer anerkannt wird. Aber er könnte nicht selbständig, weil durch die Entsetzung des Emphyteuta auch er entsetzt sei, des Interdikts sich bedienen; bei dieser Abhängigkeit vom Emphyteuta aber könnte unter Umständen sein Interesse sehr gefährdet werden. Der Emphyteuta kann vielleicht die Sache ganz auf sich beruhen lassen, weil er etwa ohnehin die Privation oder sonst baldige Endigung des Rechts voraussieht, oder von dem neuen Besitzer sich abfinden läßt; oder er kann sich mit diesem dahin verständigen, daß derselbe ihn ferner als Emphyteuta annehme, während der bisherige dominus emphyteuseos nicht weiter berücksichtigt wird. In solchen Fällen bliebe diesem letzten nach der gegnerischen Ansicht wieder nichts übrig, als sein Recht petitorisch geltend zu machen und sich der ihm dann obliegenden Beweislast zu unterziehen. Nach unserer Ansicht dagegen würde er selbst auch als dejicirt zu betrachten und daher berechtigt sein, unabhängig vom Emphyteuta durch das interdictum unde vi die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes und Ersatz des ihm durch die Verletzung desselben etwa zugefügten Schadens zu erwirken. Und ich denke, man kann nicht lange zweifelhaft darüber sein, welches Resultat das praktisch angemessenere sei.

Aber auch im Verhältniß zum Emphyteuta selbst ergeben sich nach der Theorie der Gegner unbefriedigende Resultate, indem sie auch diesem

gegenüber dem bisher unbestritten anerkannten dominus emphyteuseos jeden possessorischen Rechtschutz entzieht. Wenn es dem Emphyteuta einfällt, sich nun einmal als unabhängigen Herrn des Grundstücks zu geriren, wenn er deßhalb dem Eigenthümer die seit langer Zeit unweigerlich erfüllten Leistungen vorenthält, behauptend, daß er freier Eigenthümer sei, so kann er dadurch den Eigenthümer ohneweiters wieder in die Nothwendigkeit versetzen, sein Recht gegen ihn petitorisch geltend zu machen. Nach unserer Ansicht schlagen hier die Grundsätze ein, welche über den Verlust des Besitzes an den Stellvertreter gelten[85]. Der Emphyteuta besitzt die Sache nomine alieno und kann als Stellvertreter des dominus emphyteuseos den Eigenthumsbesitz nur durch eine solche Handlungsweise gewinnen, welche den Charakter einer Dejection desselben an sich trägt und daher das Interdikt oder die Spolienklage zur Wiederherstellung des bisherigen Besitzstandes begründet.

So erscheint also von allen Seiten betrachtet die Ansicht, gegen deren Richtigkeit man kaum noch einen Zweifel aufkommen lassen möchte, weder theoretisch gehörig begründet noch praktisch angemessen, und man würde sie wohl kaum so leichthin aufgenommen haben, wenn sie sich nicht durch scheinbare Natürlichkeit empfohlen hätte. Ich will aber noch auf eine systematische Verkehrtheit aufmerksam machen, zu welcher dieselbe im heutigen Rechte nothwendig führen muß. Es ist oben schon erwähnt worden, daß man im heutigen Rechte unbestritten den Begriff des Besitzes mit seiner besondern juristischen Bedeutung auf eine Reihe von andern Rechtsverhältnissen anwende, z. B. das Zehntrecht, Grundzinsrecht u. dgl., wie auch auf Gerichtsbarkeit, Patronatrecht und ähnliche, nicht eigentlich privatrechtliche Verhältnisse. Nun ist aber doch nicht zu läugnen, daß die Rechte, welche dem dominus emphyteuseos in Ansehung des emphyteutischen Grundstücks zustehen, wenigstens eben so gut wie jene Rechte des possessorischen Schutzes empfänglich und würdig seien. Warum sollte die Erhebung des emphyteutischen Canon, wobei der Berechtigte als wahrer Eigenthümer des Grundstücks gedacht wird, nicht eben so wohl possessorisch geschützt werden, wie die Erhebung eines Grundzinses, der ohne Voraussetzung eines sogenannten Obereigenthums an dem pflichtigen Grundstück gefordert werden kann? Nun führt aber, wie oben gezeigt worden ist, die gegnerische Ansicht dazu, dort den Besitz zu läugnen, den man hier anerkennt. Man müßte denn den Ausweg einschlagen, daß man dem dominus emphyteuseos eben in Ansehung jener Befugnisse eine juris quasi possessio beilegte. So käme man denn

[85] Vgl. Savigny, Besitz S. 430—434.

sonderbarer Weise dazu, das Verhältniß umzukehren, demjenigen, der nur die Emphyteuse, d. i. nur ein jus in re aliena ausüben will, die corporis possessio, demjenigen aber, der das nur durch die Emphyteuse beschränkte Eigenthum faktisch für sich behauptet, bloß eine juris quasi possessio beizulegen. Wer sich darin ergeben kann, der würde im praktischen Resultate nicht von mir abweichen; er möchte sich aber auch leicht entschließen, diese juris possessio als Besitz des Obereigenthums (possessio dominii directi) zu bezeichnen und so zu der fast gänzlich aufgegebenen Theorie vom dominium utile des Emphyteuta zurückzukehren, nachdem der Begriff des getheilten Eigenthums in neuester Zeit selbst in Ansehung rein deutschrechtlicher Verhältnisse, deren manche der römischen Emphyteuse ganz nahe verwandt sind, als unzulässig abgewiesen worden ist[86].

Zum Schluß endlich mache ich meine zahlreichen Gegner noch auf einen sonderbaren Folgesatz ihrer Ansicht aufmerksam, an den sie gar nicht gedacht zu haben scheinen. Er besteht darin, daß nach derselben der Eigenthümer des emphyteutischen Grundstücks dieses sein Eigenthum durch eine Handlung unter Lebenden nur auf einem Umwege mit Einwilligung des Emphyteuta veräußern kann. Man kann nämlich nach gemeinem Recht das Eigenthum eines Grundstücks, außer durch Vermächtniß nicht anders als durch Tradition desselben auf einen Andern übertragen[87]; zur Tradition aber ist erforderlich, daß der Erwerber mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers den juristischen Besitz der Sache erwerbe; da aber diesen Besitz nicht der Eigenthümer, sondern der Emphyteuta hat, so kann jener denselben auch nicht übertragen; es wäre also, um jenen Zweck zu erreichen, nothwendig, daß der Emphyteuta wenigstens für einen Moment auf seinen Besitz zu Gunsten des neuen Erwerbers verzichte und dann von diesem auf's neue wieder in Besitz gesetzt werde.

Hiermit gebe ich diese Bemerkungen der öffentlichen Kritik preis, welche sie, wie ich hoffe, wenn nicht der Beistimmung, so doch wenigstens der Widerlegung würdig finden wird.

---

Der im vorstehenden Aufsatz vertheidigten Ansicht scheint selbst Savigny sich zugeneigt zu haben, indem er zu der 6. Auflage seines

[86] Duncker in der Zeitschr. f. deutsches Recht II. S. 177—212.

[87] Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 20. Cod. de pactis. 2. 3.

Werkes vom Besitz S. 115 fg. S. 222. die Bemerkung gemacht hat: „Possessio des Emphyteuta — s. dagegen eine sehr gründliche und klare Abhandlung von Arndts in Linde's Zeitschrift (1847.) Neue Folge. Bd. 3. H. 3. S. 367—422". — Vgl. die 7. Aufl. S. 119. Anm. 4. a. E. — Entschieden haben derselben zugestimmt: Rudorff das. S. 605. Anh. num. 37., Brinz, Pand. S. 79 fg., Windscheid, Pand. §. 154. Anm. 7., Randa, der Besitz S. 17 fg. Anm. 30., Förster, preuß. Privatrecht III. S. 19 fg. S. 27., Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 277 fg. — Aber Sintenis hat seine oben in Anm. 6. angeführte Bemerkung auch noch in dritter Ausgabe (1868) I. S. 552. Anm. 10. a. E. unverändert stehen gelassen.

---

23.

## „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund."

Civilistische Abhandlung von Otto Bähr, Obergerichtsrath zu Fulda. Cassel, Verlag von Oswald Bertram. 1855. (336 S.)*

Wenn die kritische Ueberschau sich vorgesetzt, vorzüglich auf solche literarische Erzeugnisse ihr Augenmerk zu richten, die einen Fortschritt in dem wissenschaftlichen Ausbau des Rechts der Gegenwart anbahnen, so darf sie nicht unterlassen, von der oben bezeichneten Schrift Rechenschaft zu geben, welche, von einem praktischen Juristen verfaßt, und nicht minder auf solider Kenntniß der Grundlagen des geltenden Rechts beruhend als einen klaren nicht durch hergebrachte Theoreme beirrten Blick für die Bedürfnisse und Anforderungen des heutigen Rechtslebens bewährend, den erfreulichen Beweis liefert, wie die gründlichere Bearbeitung namentlich des römischen Rechts auch für die Praxis gute Früchte bringt und der Grund zu der vielvernommenen Klage über die Kluft zwischen Praxis und Theorie zu schwinden beginnt.

Unter Puchta's kleinen civilistischen Schriften findet sich unter Nr. XXXV. S. 609—611 ein aus dessen Nachlaß mitgetheiltes Fragment über die Frage: 1) ob und in welchem Umfange Anerkennung als Vertrag aufzufassen, und 2) ob sie ein Rechtsinstitut mit einer besonderen Theorie ist? Die Frage wird mehr nur hingeworfen als beantwortet; der kleine Aufsatz schließt mit den Worten: „Mir ist nicht klar, inwiefern es wohl Wirkungen der Anerkennung gebe, die sich nicht

* Lehrb. §. 233. Anm. 4.

ohne Annahme eines obligatorischen Vertrags begründen lassen würden". Savigny dagegen (im Syst. des heut. R. R. VII. S. 11. a. E.) bemerkt, daß außer dem gerichtlichen Geständniß auch ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag vorkommen könne, mit dem Zusatze: „Dieses ist der Recognitivvertrag, der in das Obligationenrecht gehört und gewöhnlich nicht in seiner wahren Natur aufgefaßt wird". Die vorliegende Schrift belehrt uns nun (S. 215) nach einer ungedruckten Mittheilung, daß Savigny über diesen Punkt mit Puchta in Briefwechsel gestanden, dem ohne Zweifel obenangeführtes Fragment seine Entstehung verdankte, und referirt uns dabei eine neuere Aeußerung Savigny's, mit den Schlußworten: „die meisten und wichtigsten Fälle (der Anerkennung) lassen sich in der von mir (Syst. VII. S. 11.) angedeuteten Weise unter den Begriff obligatorischer Verträge subsumiren, und es lohnt sich sehr der Mühe, dafür eine gemeinsame Theorie aufzustellen". Eine solche Theorie der Anerkennung zu entwerfen, hat nun Herr Bähr unternommen, und er hat dieß in einer Weise gethan, daß ihm Anerkennung nicht entgehen kann. Nach unserem Erachten lohnt es sich wohl der Mühe, der Ausführung des Verf. einen ziemlich ausführlichen Artikel zu widmen.

Als den Gegenstand seiner Schrift bezeichnet der Verf. (§. 1) die Darstellung von Rechtsgeschäften, deren Zweck nicht sowohl darauf gerichtet ist, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, als vielmehr die Verfolgung bereits vorhandener zu erleichtern und sicher zu stellen. Dem gerichtlich geltend zu machenden Recht droht die doppelte Gefahr: vorerst, daß es vielleicht nicht gelingt dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der es begründenden Thatsachen beizubringen, sodann, daß der Richter möglicher Weise auch die vollständig erkannten Thatsachen unrichtig beurtheilen mag. Diese Gefahren treten am stärksten hervor bei Forderungsrechten, zumal bei denjenigen, welche auf eine Gegenleistung nach vorausgegangener Leistung gerichtet sind, am meisten da, wo „die Vorleistung bestimmt ist, in dem Vermögen des Empfängers aufzugehen und nur in der Gestalt einer gleichartigen Leistung in das Vermögen des Gebers zurückzukehren", wie es beim Darlehen der Fall ist. Vorbeugen aber kann man theils dadurch, daß dem Rechtsverhältniß eine neue Grundlage gegeben wird, welche statt des ursprünglichen processualisch zu wirken vermag, theils durch voraus verschaffte Beweismittel, welche auch im ersten Falle zugleich an die neugeschaffene Grundlage angeknüpft werden können. Der Verf. nennt diese Mittel gegen die „auf dem Wege zwischen Klage und Urtheil" liegenden Gefahren processualische Sicherungsmittel. Nur auf die dazu dienenden Rechtsgeschäfte beschränkt

sich seine Schrift, mit Uebergehung der **materiellen** Sicherungsmittel, welche einer dritten „auf dem Wege zwischen Urtheil und Vollziehung" liegenden Gefahr, der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Verurtheilten zu begegnen geeignet sind. Im römischen Rechte kommen als zu jenem Zwecke dienend namentlich Stipulation und Urkunde vor, neben welchen als materielle Cautio die Satisdatio steht. „Den Ausgangspunkt dieses ganzen Cautionswesens aber bildete die Stipulation", welche in späterer Zeit zu Erreichung des zweiten der obgenannten Zwecke mit der Urkunde sich verband, und in dieser Verbindung (als Stipulationsurkunde, vorzugsweise Cautio genannt) eine Bedeutung gewann, „kraft welcher sie unmittelbar in das heutige Recht hereinragt".

Nach dieser Einleitung unternimmt der Verf. zunächst die Wirksamkeit der Stipulation in jener Beziehung und die Bedeutung ihr verwandter Rechtsgeschäfte nach römischem Rechte bis zu Justinian's Zeit darzulegen, und dann auf dieser Grundlage die Lehre des heutigen Rechts aufzubauen, deren Darstellung den eigentlichen Zweck seiner Schrift bildet. Diese zerfällt demnach in zwei Haupttheile: I. Römische Grundlagen (§. 3—39, S. 8—148), II. Heutiges Recht (§. 40—70, S. 151—287). Daran schließt sich als Anhang (S. 291—336) noch eine besondere Ausführung über die exceptio non numeratae pecuniae. Wir halten es für angemessen, vorerst die wohldurchdachte und consequent ausgeführte Entwickelung des Verf., ohne Unterbrechung durch störende Kritik des Einzelnen, dem Leser im Auszuge darzulegen, und uns unser Urtheil über das Ganze und Bemerkungen über Einzelnes für das Ende dieses Artikels vorzubehalten.

I. Römische Grundlagen.

Jede Vermögenszuwendung steht in nothwendiger Rückbeziehung zu einer juristischen Funktion, welche dieselbe auszuüben bestimmt ist (causa i. w. S.). Sie kann entweder Selbstzweck sein, dann fällt sie unter den Begriff der Schenkung, deren Charakter in der Negation einer anderweitigen causa liegt, welche Negation aber als dem Handelnden bewußte selbst zu einer causa wird (donandi causa); oder sie kann um eines außer ihr liegenden Zwecks willen geschehen, in welchem dann eine positive causa liegt. Das eine oder andere ist eine nothwendige Voraussetzung juristischen Handelns; „die causa in diesem subjektiven Sinn ist eine psychologische Nothwendigkeit". So insbesondere bei Uebertragung von Eigenthum, wie bei Gewährung eines Forderungsrechts. Gelangt nun der juristische Zweck, wegen dessen die Vermögensübertragung geschieht, zur objektiven Realität, so gestaltet sich diese zum juristischen Grunde

jener, d. i. causa im objektiven Sinn. Es ist aber möglich, daß objektiv jener juristische Zweck nicht zu erreichen steht. Welche Wirkung hat ein solcher Mangel auf den Akt der Vermögensübertragung selbst?

Uebertragung des Eigenthums ist unabhängig von ihrem Rechtsgrunde; nur ausnahmsweise wirkt ein gegen das ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gerichtetes Verbot vernichtend auf den Eigenthumsübergang. Das obligatorische Versprechen dagegen stellt sich meistens „als ein von der rechtlichen Beziehung, in welcher es steht, ungetrennter Willensakt dar". Den Kaufpreis z. B. verspreche ich nur insofern, als der Andere sich mir zur Leistung der Waare verbindlich macht, die Rückzahlung des Geldes beim Darlehensvertrage nur insofern, als dieses Geld in mein Eigenthum übertragen wird. Man kann dieses Verhältniß der Abhängigkeit, worin das Versprechen zu seinem Rechtsgrunde steht, als „synallagmatische Beziehung" bezeichnen. Aber durch die Stipulation wird das obligatorische Versprechen zur Unabhängigkeit von seinem Rechtsgrunde erhoben; in ihr wird „das einfache Versprechen, mittelst Abstraction von dessen Rechtsgrund, zu einer selbständigen Obligatio erhoben", — „nicht als ob sich die Contrahenten durch diese Abstraction der subjektiven Beziehung auf einen solchen Rechtsgrund entäußerten — denn dadurch würde die Stipulation zu einem psychologischen Unding werden —; vielmehr hat jene Abstraction nur die Bedeutung, daß das in der Stipulation enthaltene einfache Versprechen eine Obligation in das Vermögen des Stipulanten überträgt, welche von dem Rechtsgrunde des Versprechens (objektiv gedacht) zunächst unabhängig dasteht". Dem entsprach die in Bestimmtheit und Klarheit sich fest abschließende Form, worin sich der auf solche Verpflichtung gerichtete Wille kund zu geben hatte. Sie ließ den Grund, zu welchem das Versprechen subjektiv in nothwendiger Beziehung stand (ihre causa), als etwas von diesem getrenntes hinter sich zurück. Doch konnte die Stipulation ihre causa auch wohl in sich aufnehmen, z. B. in Form einer Bedingung oder sonst durch Bezugnahme auf eine bestehende Verpflichtung, während andererseits auch die Eingehung eines gegenseitigen Verpflichtungsverhältnisses noch zu einer außer dem Vertrage liegenden causa in Beziehung stehen kann. Die causa der Stipulation wie der Tradition kann übrigens auch in Verhältnissen liegen, in welchen Promittent oder Stipulant zu einer dritten Person stehen; die Stipulation selbst ist auch hier nicht abhängig von der Realität der dabei vorausgesetzten Beziehung zu dem dritten, wo nicht durch den besonderen Inhalt solche Abhängigkeit begründet ist, wie sich bei der fidejussio ihrer Natur nach von selbst ergibt.

Nach dem Bisherigen kann die Stipulation in doppeltem Sinn als ein formeller Contract bezeichnet werden: einmal positiv, indem sie an eine bestimmte Form der Willenserklärung gebunden ist; sodann im Gegensatz materieller Contracte bloß negativ, insofern ihre rechtswirkende Kraft an sich nicht durch das Dasein eines ihr entsprechenden juristischen Grundes bedingt ist, dieselbe sich also, so zu sagen, von der Materie losreißt. Rücksichtlich dieser negativ formellen Natur stehen die Stipulation und litterarum obligatio im classischen Recht unter den obligatorischen Verträgen allein da, haben aber in dieser Beziehung nahe Verwandtschaft mit der Tradition, was in der Gleichartigkeit der Anfechtung ihres Resultats wegen Mangels der causa am bedeutsamsten hervortritt.

So entwickelt der Verf. in Cap. I. den Charakter der Stipulation (§. 3—8), und erörtert dann in Cap. II. das Verhältniß derselben zu ihrer causa genauer (§. 9—16). Bezüglich der Eigenthumsübertragung unterscheidet er, abgesehen von der Schenkung, das datum credendi und solvendi causa und das datum ob causam im engeren Sinn, das letzte als diejenige Eigenthumsübertragung, „welche ihre causa (futura oder praecedens) in einer ihr abstract gegenüberstehenden Thatsache sucht", während in den beiden ersten Fällen unmittelbar an die Hingabe sich anschließend Begründung, beziehungsweise Aufhebung einer Forderung als juristischer Zweck sich darstellt. Bezüglich der Stipulation aber schließt er das erste Glied, die credendi causa, aus, in dem Sinne nämlich, daß ein creditum durch Stipulation nicht eingegangen werden konnte (in einem anderen Sinn ist stipulatio credendi causa nur eine Art der stip. ob causam); nur solvendi causa und ob causam kann Stipulation so gut wie datio stattfinden. Eine stipulatio solvendi causa ist Novation, wobei eine zweifache Willenseinigung vor sich geht: Constituirung eines neuen Forderungsrechts und das Aufgeben einer älteren Forderung, welche durch jenes als Surrogat gezahlt wird. Das letzte, die tilgende Wirkung, tritt nur ein, wenn ein neues Forderungsrecht wirklich entsteht; dagegen die erstere bildet eine abstracte Vermögenszuwendung, unabhängig von ihrer causa, daher an sich auch wirksam, wenn auch die Tilgung einer bisherigen Obligatio nicht erreicht wird, z. B. weil eine solche nicht bestand. Die Tilgung muß aber jedenfalls beabsichtigt sein; ist sie's nicht, so tritt die neue Obligatio zu der bisherigen hinzu. Dieß ist der Fall der sog. cumulativen Novation. Der Verf. bezeichnet ihn passend als accessorische Stipulation, welche Sicherstellung der bisherigen Obligatio, sei es materielle oder processualische,

bezwecken könne, accessorisch aber nicht in dem Sinne, daß sie wie die Obligatio des Bürgen abhängig wäre von dem Bestand der bisherigen Obligatio; dieser ist nicht Bedingung, sondern nur causa der Stipulation, die hier eigentlich nicht solvendi causa, sondern ob causam (und zwar praecedentem) geschieht, obgleich man sie wegen ihrer Bezugnahme auf eine bestehende Schuld auch mit der wirklich novirenden Stipulation als stipulatio debiti zusammenstellen kann. Die letzte aber von anderen Stipulationen ob causam zu unterscheiden, ist deßhalb von Interesse, weil diese nach den Grundsätzen der condictio ob causam, jene nach denen der condictio indebiti der Anfechtung unterliegen können. Wenn übrigens die Rückgabe eines Gegenstandes in unmittelbarer Anschließung an dessen Hingabe stipulirt wird, so ist dieß nicht stipulatio debiti; vielmehr wird hier die materielle Obligatio, z. B. aus dem Darlehen, von der formellen absorbirt und die letzte als einziges Product des ganzen Geschäfts angesehen.

Was nun den Einfluß der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation betrifft (Cap. III. §. 17—28.), so kommt insbesondere die Anfechtbarkeit der Stipulation wegen Mangels der causa näher in Betracht, welcher die Anfechtung einer Eigenthumsübertragung aus gleichem Grunde vollkommen parallel geht. Vor allem der Mangel des objektiven Bestandes der causa (wobei nicht an Ermangelung des Bewußtseins eines bestimmten Zwecks, d. i. der subjektiven causa zu denken ist) begründet ein persönliches Recht der Rückforderung, daher eine condictio sine causa, deren besondere Abzweigungen die condictio ob causam datorum, „von welcher wieder die condictio causa data causa non secuta eine besondere Richtung bezeichnet", und die condictio indebiti bilden. Ist ob causam futuram etwas gegeben, so wird die condictio lediglich durch den Nichteintritt der causa begründet, „unabhängig davon, ob der Geber den Nichteintritt der causa hätte wissen können oder nicht, unabhängig selbst davon, ob er diesen Nichteintritt selbst verschuldet hat". Das ursprünglich durch die Hingabe begründete Verhältniß war materiell noch unvollendet; dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß es durch Eintritt der causa eine Veränderung erlitten habe, um die Rückforderung auszuschließen. Dasselbe muß gelten, wenn eine Leistung ob causam futuram vorerst nur verabredet, dann in Beziehung darauf vollzogen ist und nun behauptet wird, zur Zeit der wirklichen Leistung sei die causa schon eingetreten; denn erwiesen liegt nur vor, daß Condicent auf Grund der (nach R. R. klaglosen) Verabredung geleistet hat, und von diesem Standpunkt erscheint die Leistung zunächst nur als ob causam

futuram geschehene. Für die condictio ob causam datorum verschwinden somit die Begriffe von causa futura und praeterita als unterschiedslose: „der Condicent hat nur zu beweisen, daß er unter Verabredung einer causa gegeben". Wenn jedoch z. B. eine dos ausdrücklich als für eine bereits geschlossene Ehe bestimmt gegeben ist, so liegt darin eine Anerkennung der schon vorhandenen causa, welche gegen den Condicenten beweisend den Beklagten vom Beweise befreien kann; jener muß, um die Condictio durchzuführen, durch Gegenbeweis die Wirkung jener Anerkennung aufheben. Bloß vom Standpunkte der datio ob causam würde dasselbe gelten müssen, wenn etwa nach vorgängiger Abrede eines Tausches mit ausdrücklicher Beziehung auf die als geschehen angenommene Gegenleistung gegeben wäre. Aber nach der Theorie der actio praescriptis verbis erscheint hier die letzte Leistung nicht mehr als datum ob causam, sondern als datum solvendi causa, und die condictio ist sodann die condictio indebiti, bei welcher die Anerkennung eine wesentlich verschiedene Bedeutung gewinnt".

Wer solvendi causa gibt, erkennt damit die Schuld an. Zur Begründung der condictio indebiti ist nun aber nicht bloß Irrthum, sondern auch (wie der Verf. mit den bedeutendsten Rechtslehrern annimmt) entschuldbarer Irrthum erforderlich. „Die Obligation, diese Spannung zwischen Gläubiger und Schuldner, trägt das Bedürfniß in sich, einmal zur Ruhe zu gelangen. Für den Schuldner wird dieses Bedürfniß durch das Institut der Klagenverjährung, für den Gläubiger durch die strengen Grundsätze der condictio indebiti befriedigt. Die Zahlung bildet den naturgemäßen Abschluß, mit welchem das Schuldverhältniß seine Lebensaufgabe erfüllt hat. Von da an muß es ohne wesentliche Gefährdung des Gläubigers der Vergessenheit anheimgegeben werden dürfen, um neuen Verkehrsverhältnissen Platz zu machen. Hiermit würde es unvereinbar sein, wenn der Schuldner willkürlich, lediglich weil er nunmehr das Gezahlte nicht schuldig zu sein behauptet, die Obligation von neuem zur Contestation bringen könnte". — — „So erscheint die Beschränkung der condictio indebiti auf das Gebiet des entschuldbaren Irrthums als das Product wahrer aequitas". Aber — „nur der rechtliche Wille kann einer Entschuldigung mittelst Irrthums bedürftig und fähig erscheinen"; das Element also, welches bei dem datum solvendi causa obwaltet, als Ursache jenes bei der condictio ob causam nicht vorkommenden besonderen Erfordernisses, muß nothwendig ein Willensakt sein; in der Eigenthumsübertragung an sich aber kann es nicht bestehen, sondern nur in der Eigenthumsübertragung auf

der Grundlage einer als bestehend angenommenen Verbindlichkeit oder in der mit jener verbundenen Anerkennung der bestehenden Verbindlichkeit. „Wir lernen hiermit die Anerkennung . . . in einer zweiten stärkern Wirksamkeit als formell bindenden Willensakt kennen. Derjenige, welcher auf eine bestehende Schuld zahlt, wird rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld für sich bestehen lassen wolle". Der Verf. nennt diese Anerkennung ächte Anerkennung, diejenige dagegen, welche nur in ihrer natürlichen Beweiskraft wirkt, unächte Anerkennung. Jene wirkt nur soweit sie sich in einer vollendeten Vermögensübertragung bethätigt hat. Wer z. B. Zinsen gezahlt hat, bedarf zu deren Rückforderung der Entschuldigung des Irrthums, nicht ebenso auch zur Bestreitung der noch nicht gezahlten Capitalforderung, obgleich als Beweismoment die Zinszahlung in gleichem Maße für die Richtigkeit der Kapital- wie der Zinsschuld spricht". Die Anerkennung „als Beweismoment wirkt nicht in allen Verhältnissen gleichmäßig"; es kommt dabei z. B. die Individualität des Zahlenden in Betracht; dagegen die Anerkennung als Willensakt „wirkt gleichmäßig gegen jeden, der eines juristischen Willens fähig ist". Die Rückforderung des vom Unmündigen Gezahlten ist nicht durch Irrthum bedingt; eine Beweiskraft könnte wohl auch hier noch der Anerkennung zukommen. „Als Beweismoment gehört die Anerkennung dem Proceß an, als Willensakt fällt sie in das Gebiet des materiellen Civilrechts. In ersterer Eigenschaft beweist sie den objektiven Bestand der Schuld, in letzter Beziehung ersetzt sie denselben: die Anerkennung der bestehenden Schuld als subjektive causa bildet ein Surrogat der objektiven. Die ächte Anerkennung hat die Natur des Geständnisses im Civilproceß, die unächte die des Geständnisses im Strafproceß". Die beiden Naturen der Anerkennung stehen jedoch in naher Verwandtschaft und können deßhalb leicht mit einander verwechselt werden, „weil das natürliche Element, welches deren beweisende Kraft erzeugt, auch den positiven Vorschriften über die Willensfähigkeit zu Grunde liegt, und so einen mittelbaren Einfluß auf die Anerkennung als Willensakt ausübt".

Ist der Irrthum wesentliche Bedingung der condictio indebiti, „gleichsam der Restitutionsgrund gegen die in der Zahlung enthaltene Anerkennung", so hat der Condicent denselben zu beweisen, und dazu gehört als objektives Moment die Nichtexistenz der Schuld, als subjektives Moment der Glaube an deren Existenz. Der letzte jedoch als innere Thatsache steht nur durch Schlußfolgerungen zu erkennen, und wird daher nach Umständen schon zufolge des Beweises über den objektiven Nichtbestand der Schuld als glaubhaft anzunehmen sein, so wie

auch nach den concreten Verhältnissen zu bemessen ist, ob der bewiesene Irrthum ohneweiters für entschuldbar zu halten oder in dieser Beziehung noch ein weiterer Beweis zu erfordern sei, und andererseits je entschuldbarer ein Irrthum, desto leichter auch an seine Existenz zu glauben ist (probabilis error in doppeltem Sinn). Wo nun nach den concreten Verhältnissen der Beweis des indebitum zugleich auf den Irrthum schließen läßt, da hat die Anerkennung als Willensakt wie als Beweismoment die gleiche Wirkung, daß der Kläger lediglich Beweis wider die Schuld zu führen hat. Aber dem Beklagten muß es gestattet sein, Momente darzulegen, aus welchen hervorgeht, daß der Kläger bei der Zahlung nicht in entschuldbarer Weise geirrt haben könne; hätte die in der Zahlung liegende Anerkennung bloß die Bedeutung eines Beweismoments, so könnte von einer solchen Vertheidigung des Beklagten nicht die Rede sein.

Damit findet der Verf. denn auch den Hauptsatz der L. 25. pr. D. de probat. im Wesentlichen übereinstimmend; großen Anstoß aber findet er bei §. 1 derselben Stelle, insofern hier noch anderen Personen als dem Pupillen der Beweis der Nichtschuld erlassen; sodann bei §. 2, in sofern hier den nach §. 1 beweisfreien Personen für den Fall, daß sie das Gezahlte nur pro parte zurückfordern, der Beweis wieder aufgebürdet wird; er erklärt diese §§. für ungeschicktes Machwerk der Compilatoren, dessen Inhalt wir „als außerhalb der Wissenschaft liegend“ betrachten müssen, und das ihn nicht abhält, bei dem Resultate seiner Untersuchung zu verbleiben: „Der condictio ob causam gegenüber begründet der objektive Bestand der causa eine (vom Verklagten zu erweisende) Einrede (im heutigen processualischen Sinn); bei der condictio indebiti bildet die Nichtexistenz der causa (der Nichtbestand der Schuld) einen Theil des Klagegrunds“.

Was nun bisher von der datio gesagt worden, findet auch auf die promissio Anwendung. In einigen Fällen zwar zeigt das promissum sine causa eine schwächere Wirksamkeit als das datum sine causa, z. B. ex Sc. Velleiano oder Macedoniano; die Regel aber ist, daß die Stipulation wegen Mangels der causa nur der gleichen Anfechtung unterliegt wie die datio. Das Rechtsmittel ist auch hier condictio, und zwar gerichtet auf förmliche Liberation, mit der aber hier als eine anderartige Hülfe die exceptio doli gegen die Klage aus der Stipulation concurrirt. Bei der Anfechtung des indebite promissum, einerlei ob die Stipulation novirend oder accessorisch, muß denn auch rücksichtlich der Beweispflicht dasselbe gelten, wie bei der solutio indebiti, kraft der in der Stipulation sich bethätigenden Anerkennung der Schuld, und zwar

ohne Unterschied, ob die Anfechtung durch condictio oder exceptio geschieht. Im letzten Fall muß der Excipient, wie in jenem der Condicent, die objektive Nichtexistenz der vorausgesetzten Schuldverbindlichkeit beweisen, während hingegen bei der stipulatio ob causam so wenig der Excipient wie der Condicent die Nichtexistenz der causa, sondern der Gegner deren Eintritt zu beweisen hat (§. 26), wovon nur eine Anwendung, daß der exceptio non numeratae pecuniae gegenüber der Kläger die Auszahlung des Darlehens beweisen muß (§. 27.).

Die Bedeutung der Stipulation für Sicherung der Obligationsverhältnisse nach dem Standpunkte classischer Jurisprudenz faßt hiernach der Verf. in §. 28 folgendermaßen zusammen: „War die Stipulation (einerlei ob novirend oder accessorisch) mit Beziehung auf eine bestehende Verbindlichkeit eingegangen, so hatte dadurch der Gläubiger als Grundlage seines Forderungsrechts ein neues Rechtsgeschäft gewonnen, welches in seiner bestimmten Form über die Verpflichtung des Promittenten keinen Zweifel ließ und für dessen Aufrechthaltung schon die subjektive Beziehung auf eine vorhandene Schuld so lange genügte, als diese nicht wegen Dolus oder entschuldbaren Irrthums anzufechten stand". Auch er „wird rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld gegen sich gelten lassen wolle, so lange er nicht diese bethätigte Willensmeinung als eine irrige zu entschuldigen vermag. Die stipulatio debiti macht also den Gläubiger der Vortheile theilhaftig, welche die sonst erst mit der Zahlung verbundene ächte Anerkennung gewährt" (S. 103). Sie hat in dieser Beziehung die größte Aehnlichkeit mit dem legatum debiti. Dagegen der stipulatio ob causam gegenüber hat das materielle Element die Oberhand behalten, indem der daraus Klagende nachweisen mußte, daß jene durch Eintritt der causa ihre materielle Grundlage erhalten habe. Wo die causa der Stipulation in einer eigentlichen Gegenleistung bestand, „da verschwand die Bedeutung der Stipulation dem realen Element des Vertragsverhältnisses gegenüber fast gänzlich"; denn der Stipulant konnte daraus nicht klagen, ohne nachzuweisen, daß er seinerseits geleistet habe, und war dieß der Fall, so konnte er auch ohne Stipulation aus dem Realcontract klagen. „Unter diesen Umständen war der Gedanke nahe gelegt, das formelle Element . . . wieder auf positivem Wege zu stärken. Und diesen Gedanken finden wir später für den wichtigsten Fall der stipulatio ob causam, die stipulatio credendi causa, in der That verwirklicht durch die Beschränkung der exceptio n. n. p. auf eine gewisse Zeit, nach deren Ablauf die formelle Obligation wieder ungeschwächt hervortrat".

So der Verf. S. 105. In Cap. IV. (§. 29—32) bespricht derselbe als der Stipulation verwandte Rechtsverhältnisse die Acceptilation, das Constitutum, das pactum de non petendo und den Vergleich, deren Aehnlichkeit und Verschiedenheit er in treffenden Zügen hervorhebt. Die erste hat die abstract formale Natur mit der Stipulation gemeinsam, nur in entgegengesetzter Tendenz, als imaginaria solutio, den Nichtbestand einer Obligatio formell feststellend, ebenfalls nicht denkbar ohne eine subjektive causa, und auf Grund einer materiellen causa, außer zum Zweck der Schenkung, in den mannichfaltigsten Beziehungen, theils der stipulatio ob causam, theils der stipulatio ex praecedente causa entsprechend, angewendet, auch ohne Zweifel zur processualischen Sicherung einer bereits früher erfolgten vollkommenen Tilgung der Obligatio mittels formeller Anerkennung des Nichtbestands der letzten brauchbar, aber auch eben so wie die Stipulation wegen Mangels der causa anfechtbar, wenn gleich nicht durch exceptio (replicatio) doli, weil die ipso jure tilgende Acceptilatio keine exceptio im Sinne des Formularprocesses veranlassen, also auch nicht durch replicatio angefochten werden konnte. Das constitutum (debiti proprii) dagegen bildet einen entschiedenen Gegensatz gegen die zwischen Gläubiger und Schuldner eingegangene stipulatio ex causa praecedente, weil es durch die ursprüngliche Schuld bedingt, wegen Mangels derselben ipso jure ungiltig war. Die darin enthaltene Anerkennung mochte ein Beweismoment für die Existenz der Schuld abgeben, konnte aber nicht die Bedeutung einer ächten Anerkennung gewinnen, „da sie nur durch ein nudum pactum, also durch keine in sich vollendete Vermögensübertragung bethätigt war“, weßhalb es auch niemals zu noviren vermochte. Das Interesse desselben lag in andern Rücksichten. Justinian, dasselbe beibehaltend, „bestätigt den alten Satz, daß nur ein wirkliches debitum constituirt werden könne, nicht aber als eine nothwendige Consequenz des Princips von der Klaglosigkeit der nuda pacta, — sondern weil ihm die Anschauung, daß die Formalcontracte, wenn ihnen ein indebitum zu Grunde liege, zwar ipso jure giltig, aber mittelst Condictionen anfechtbar seien, nur als eine leidige Formalität, als ein widerwärtiges legum jurgium erschien. — Gegenbeweis und Anfechtung, constitutum und Stipulation flossen vor seinen getrübten Blicken in einander. Hätte er dieser Anschauung consequent Folge gegeben, so würde er die ganze Stipulationslehre hinweggestrichen und das constitutum an deren Stelle gesetzt haben. Glücklicherweise hat er das nicht gethan, und dadurch, wenn auch unbewußt, die befruchtenden Elemente des classischen Rechts auf unsere Zeiten übertragen“ (S. 113).

Bei dem pactum de non petendo hinwiederum zeigt sich eine nähere Verwandtschaft zu dem analogen Institute des Civilrechts, der Acceptilation. Es ist die „formlose auf Freigebung von einem Anspruch gerichtete Willenseinigung zu einem abstractum erhoben, wie Stipulation und Acceptilation mit einer causa in Beziehung gesetzt, „welche erst seinen eigentlichen materiellen Gehalt bestimmt", in deren Ermangelung aber nicht vermögend, den Verlust der Forderung herbeizuführen, weil alsdann, obwohl ipso jure giltig, durch replicatio doli seiner Wirksamkeit beraubt. Zu seinem Dasein bedarf es übrigens durchaus nicht eines ausdrücklichen Versprechens; es genügt eine acceptirte Erklärung über den Nichtbestand des Anspruchs, „wenn nur diese Erklärung in einer Weise erfolgt, daß dadurch die Absicht, dieselbe gegen sich gelten lassen zu wollen, an den Tag tritt"; — z. B. die Erklärung: profiteor te non teneri, stillschweigend auch in der Rückgabe des Schuldscheins zu finden. „Die ausgedrückte Ansicht gestaltet sich durch die Umstände, unter denen sie erklärt wird, zur Absicht, zum wirklichen Willensakte um" (S. 116).

Endlich der Vergleich „hat mit den vorbetrachteten Rechtsgeschäften das gemein, daß er keinen selbständigen Rechtsstoff hat, sondern seinen Stoff einem bereits bestehenden Rechtsverhältnisse entnimmt; man kann ihm insofern eine gewisse formelle Natur beilegen". In ihm verbinden sich aber zwei correspondirende Verpflichtungsakte, in der Regel eine Schuld- und eine Nachlaßeinigung. Die Vergleichsverpflichtung läßt sich nun zunächst auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß zurückführen, das jedoch als ein ungewisses unterstellt, gleichwohl aber selbst für den Fall, daß sich dasselbe materiell anders ausweisen sollte, formell festgestellt wird. Was ihm in dieser Beziehung als Bestimmungsgrund abgeht, wird durch die Gegenseitigkeit der beiderseitigen Zugeständnisse ersetzt, wodurch das Unzureichende der causa in dem ursprünglichen Rechtsverhältniß gedeckt wird. Deckt er es in seinem ganzen Umfange, so kann von einer Anfechtung des Vergleichs vom Standpunkte des ursprünglichen Verhältnisses nicht die Rede sein. Ist aber dabei etwas als unbestreitbar vorausgesetzt, und es ergibt sich, daß dieses in Wirklichkeit anders sei, so hat derjenige, welcher von dieser Voraussetzung zu seinen Ungunsten ausging, in dem Nachgeben des andern Theils kein genugsames Surrogat für seine Leistung erhalten. „Das vergleichsweise Geleistete oder Versprochene beruht hier also zu einem wesentlichen Theile allein auf dem Bestande des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, und muß wegen Mangels desselben der Anfechtung unterliegen. Die Grundlage

für diese Anfechtung kann aber keine andere sein, als die der condictio indebiti" (S. 118).

Nach dieser Abschweifung wendet sich der Verf. wieder zur Stipulation zurück, und legt (in Cap. V. §. 35—37) dar, wie seit der Zeit der letzten classischen Juristen allmälig, in Folge der Abschwächung der formellen Rechtsgeschäfte, ein fast vollendeter Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde, der Acceptilation in die Quittung stattfand, „welche gleichsam als Rückstand des Verflüchtigungsprocesses, dem Stipulation und Acceptilation unterlagen, an deren Stelle traten". Factoren dieser Entwickelung waren der zunehmende Weltverkehr und der dadurch beförderte Einfluß des jus gentium, dann die Beseitigung des Formularprocesses und insbesondere die Grundsätze, welche für den Beweis durch Urkunden geltend wurden. Was diese betrifft, so kann, wie der Verf. S. 23 fg. ausführt, eine Geschäftsurkunde nicht bloß Beweismittel, sondern ihrem Inhalt nach selbst „Ausdruck des juristischen Willens" sein, „die äußere Erscheinung, gleichsam den Körper des betreffenden Willenaktes" bilden; „der Inhalt der Urkunde ist juristische Thatsache, welche Rechte begründet, nicht bloß beweist". Wenn z. B. ein Kauf nach Verabredung schriftlich abgeschlossen wird, so ist der Inhalt dieser Urkunde nicht das Beweismittel eines außer ihr liegenden Vertrages, sondern der Vertrag selbst. Auch die nachfolgende Beurkundung eines mündlich bereits vollständig geschlossenen Kaufvertrags würde eine wiederholte Abschließung des Vertrags enthalten, und selbst wenn nur der Käufer nachher dem Verkäufer die schriftliche Bescheinigung ausstellte, z. B. daß er ihm für verkauften und überlieferten Weizen 100 Thlr. schuldig geblieben sei, so liegt auch darin eine stärkere als bloß beweisende, es liegt eine verpflichtende Kraft darin verborgen, anders als wenn derselbe dasselbe nur zu seiner Notiz auf ein Blatt Papier geschrieben hätte, das ohne seinen Willen in die Hände des Gläubigers gekommen, in welchem Fall der Inhalt der Schrift nur Beweismittel sein könnte. Auf die Bedeutung eines Beweismittels aber ist die Urkunde jederzeit dann beschränkt, wenn das beurkundete Verhältniß an besondere außerhalb derselben liegende Formen oder Thatsachen geknüpft ist. So war es nach römischer Contracts-Theorie der Fall, wenn Jemand eine Urkunde darüber ausstellte, daß er aus einem anderen Rechtsgeschäfte, z. B. aus empfangenem Darlehen oder aus einer Stipulation etwas schulde, da der darin ausgesprochene Wille nur ein nudum pactum erzeugen konnte. Aber das praktische Bedürfniß führte dazu, die Beweiskraft einer solchen Urkunde sehr entschieden anzuerkennen, selbst auf die Gefahr hin, daß sich darunter nur ein formloser

Verpflichtungswille versteckte. So wurde die urkundliche Beglaubigung der geschehenen Stipulation oder Promission als vollbeweisend für deren wirkliche formelle Vornahme angesehen, und Justinian gestattete dagegen als Gegenbeweis nur den durch Zeugen oder Urkunden zu führenden Beweis des Alibi der Contrahenten. Begreiflich, daß darnach neben Abfassung der Stipulationsurkunde die persönliche Zusammenkunft der Contrahenten, mündliche Frage und Antwort, häufig unterblieb und Justinian sich darauf berufen mochte, daß verba consueta stipulationum et subtilis immo magis supervacua observatio ab aula concessit. „Die Stipulation als Verbalcontract lebte nur noch in der Theorie fort. Praktisch war sie durch ihre Repräsentantin, die Stipulationsurkunde, ersetzt" (S. 131). Nun war es aber des Beweises wegen gewöhnlich, zugleich den Bestand der causa stipulationis in der Stipulationsurkunde zu erwähnen, und so näherte sich diese von selbst dem einfachen Schuldschein, welcher ohne Stipulation über eine einseitige Verbindlichkeit ihrem materiellen Grunde nach ausgestellt war. Diese Annäherung fand einen vermittelnden Anhaltpunkt in der auf beide angewandten Idee eines Litteralcontracts, indem man die griechischen chirographa oder syngraphae als eine Art von Litteral-Obligationen, wenn gleich nicht nach R. R. als solche giltig, auffaßte, eine Idee, die in der Beweiskraft der Urkunde und dem daraus hervorgehenden Sprachgebrauche, der Schuldurkunde und Schuldforderung fast identificirte, Nahrung fand. Vollends nach Beseitigung des Formularprocesses schritt die Assimilation zwischen Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen immer weiter vor, und im Justinianischen Recht kann man sie als vollendet erkennen, theils in einzelnen gelegentlichen Aussprüchen, theils und vorzüglich darin, „daß auf beide die exceptio non numeratae pecuniae mit der ihr eigenthümlichen Befristung angewendet wurde". Denn fehlte in der Urkunde die Stipulationsklausel, „und es trat nun doch mit Ablauf der Exceptionsfrist die Verpflichtung ohne Rücksicht auf die Frage, an pecunia numerata sit, ein: so ließ sich nicht mehr läugnen, daß hier etwas neues entstanden, daß eine Verpflichtung lediglich durch die formelle Kraft der Urkunde begründet sei". Dieß ist es, was Justinian ausspricht und anerkennt, indem er eine litterarum obligatio, nicht die ältere römische, sondern den neuern Litteralcontract, der in der Schuldurkunde liegt, in sein System aufnahm, nicht aus Spielerei oder aus theoretischem Irrthum, sondern wirklicher wenn auch nicht klar erkannter Rechtsentwickelung gemäß. Der neue Litteralcontract ist „keine positive Schöpfung, sondern das Product des Absterbens der Stipulationsform,

welches besonders rasch in der Richtung vor sich ging, wo in der Beurkundung ein praktisches Surrogat sich darbot. Dadurch wurde das Willenselement, welches in dem einfachen Schuldschein zwar schon früher vorhanden, aber gleichsam latent gewesen war, frei und gelangte zur Wirksamkeit" (S. 138). — „Ob aber dieser neuere Litteralcontract als ein nach allen Seiten vollendetes Institut zu betrachten, ob z. B. die Anfechtung desselben wegen mangelnder causa praecedens an die Bedingungen der condictio indebiti geknüpft worden sei, kann füglich dahin gestellt bleiben. — Es mag auch jedem überlassen sein, ob er von einem wirklichen oder von einem Quasi- oder Pseudo-Litteralcontract des neueren Rechts reden will. Die richtige Erkenntniß der Verhältnisse ist von diesem Namen nicht abhängig" (S. 139).

„Zufolge des geschilderten Umwandlungsprocesses nahmen die Anfechtungsmittel der Stipulation nunmehr ihre Richtung gegen die an deren Stelle tretende Urkunde". So beginnt der Verf. das Cap. VI., mit welchem sich (§. 38, 39) seine Darstellung der römischen Grundlagen abschließt. Es fragte sich vorerst, mit Beziehung auf welche causa (subjektiv) stipulirt sei? Wer hatte den Beweis zu führen, wenn die Urkunde über die causa nichts ergab? Man sollte meinen: der Condicent oder Excipient, so wie wer eine Zahlung als sine causa geleistet zurückfordert, zunächst wird beweisen müssen, wegen welcher vermeintlichen causa er gezahlt habe, um dann die objektive Realität dieser causa zu bestreiten. Dem scheint L. 25. §. 4. D. de probat. zu widersprechen. Die hier erwähnte cautio ist nach dem Verf., der darin mit Gneist übereinstimmt, nicht als einfacher Schuldschein, sondern als Stipulationsurkunde zu verstehen. Zur Erklärung der Stelle aber nimmt er an, daß nicht schon das Klagvorbringen des Condicenten selbst das Zugeständniß enthalten dürfe, die cautio sei auf Grund eines vermeintlichen debitum ex causa praecedente ausgestellt, unterlegt ihr vielmehr folgenden Fall: beide Theile sind einig darüber, daß die cautio (eine cautio creditae pecuniae) als Leistung für eine bestimmte materielle causa, namentlich für einen der Stipulationssumme entsprechenden Geldbetrag ausgestellt sei; Kläger aber behauptet, das Geld dafür sei nicht bezahlt, Beklagter dagegen: es sei allerdings gezahlt, indem eine bestehende Schuld darauf in Anrechnung gekommen. So stellt sich das Verhältniß als stipulatio ob causam dar, bei deren Anfechtung der Stipulant die eingetretene causa zu beweisen hat. Ist nun die causa in der Urkunde als eingetreten bescheinigt, so wird der Beweis eben dadurch geführt; wenn nicht, so muß der Stipulant anderweiten Beweis

führen, und hat zu dem Ende nachzuweisen: debitum esse, quod in cautionem deduxit. Zwar ist dabei dem Paulus eine Verwechslung vorzuwerfen, insofern er den Beweis des objektiven Bestandes der Schuld zu fordern scheint, während doch nach dem Bisherigen der Beweis des subjektiven Bestandes der causa praecedens (der Anerkennung der Schuld) genügen müßte; aber diese Verwechslung ist nicht auffallend, da sich Paulus auch in L. 31. D. de acquir. dom. einer gleichen schuldig macht. Die gemeine Meinung, welche, unter cautio einen einfachen Schuldschein verstehend, dahin geht, daß die sog. cautio indiscreta nicht beweise, würde freilich an sich, wenn jene Bedeutung die richtige wäre, für das classische Recht keinen Anstoß geben, weil damals der Schuldschein nur als Beweismittel im engern Sinn wirken konnte und dazu nicht tauglich war, wenn er nicht speziell das zu beweisende Rechtsgeschäft bezeugte; es würde dann nur irrig sein, dieß ohneweiters in das heutige Recht zu übertragen. Die Ansicht von Gneist aber, wornach der Stipulator durch die condictio oder exceptio des Promissor jederzeit genöthigt würde, die causa stipulationis (subjektive und objektive) nachzuweisen, ist unhaltbar; ihr widersprechen L. 5. §. 1. und 25. D. de act. emti., wie Quinctil. inst. orat. IV. 2. So bleibt also der Verf. bei dem Satze stehen, daß der Stipulation gegenüber im Zweifel der Condicent oder Excipient vorzulegen habe, welche causa derselben zu Grunde liege, ohne zugeben zu müssen, daß die L. 25 §. 4. cit. mit Savigny u. a. als ein unächtes und wissenschaftlich werthloses Product der Compilatoren preiszugeben sei, wenn gleich er dieser Annahme auch nicht allzu entschieden widersprechen will.

Wenn hingegen der objektive Bestand der in subjectiver Beziehung aus der Urkunde sich ergebenden causa stipulationis bestritten wurde, so war zu unterscheiden, ob in der Urkunde auf eine bestehende Schuld oder auf eine Thatsache anderer Art als causa Bezug genommen war. Im ersten Fall hatte der Condicent oder Excipient die Nichtschuld nach den Grundsätzen der condictio indebiti, im andern der Inhaber der Schuldurkunde den objektiven Bestand der causa zu erweisen. Das letzte trat am reinsten hervor, wenn die causa als eine noch zukünftige bezeichnet war; nahm die Urkunde auf die causa als eine bereits bestehende Bezug, so war zwar das Verhältniß nicht wesentlich anders, aber der Beweis konnte eben durch die in der Urkunde enthaltene (unächte) Anerkennung der causa mehr oder weniger genügend erbracht werden. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Urkunde auf eine Realleistung, z. B. eine Darlehnszahlung, einfach als geschehen, (nicht als in bestimmter

Vergangenheit geschehen) Bezug nahm, da diese auf gleichzeitigen Austausch von Geld und Verpflichtungsakt berechnet sein, und deßhalb darin die Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit nicht gefunden werden konnte. Daher die Möglichkeit der Anfechtung lediglich mittels Negation der causa, der Geldzahlung, durch die exceptio non numeratae pecuniae, welcher gegenüber der Inhaber der Urkunde sich nicht auf deren formelle Verpflichtungskraft stützen konnte, sondern daneben die Auszahlung des Geldes beweisen mußte. Zu diesem Beweise diente ihm aber allerdings die in der Urkunde enthaltene Empfangsbescheinigung als Beweismittel; dieser war durch jene exceptio die beweisende Kraft nicht benommen, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Dagegen wurde jene exceptio als praktisch bedenklich auf eine bestimmte Zeitfrist eingeschränkt, nach deren Ablauf sie gar nicht mehr zugelassen werden sollte. In dieser Eigenthümlichkeit aber fand sie eben so auf einfache Schuldscheine wie auf Stipulationsurkunden Anwendung, auch dort nur die formelle Verpflichtungskraft des Zahlungsversprechens, nicht die Beweiskraft des Empfangbekenntnisses beseitigend. Hierbei liegt freilich eine von der bisher herrschenden Meinung so weit und so wesentlich abweichende Ansicht über die Bedeutung der exceptio non numeratae pecuniae zum Grunde, daß der Verfasser mit Recht derselben einen besonderen Anhang zu widmen für angemessen gehalten hat (S. 291—335). Er wendet sich nunmehr dazu

II. das heutige Recht

zu erörtern, und spricht sich zu dem Ende zunächst im Cap. VII. über die Natur der heutigen Verträge aus. Er unterscheidet auch im heutigen Recht noch materielle und (negativ-) formelle Verträge. Jenen, wozu die aus dem römischen Recht überkommenen benannten Real- und Consensualcontracte, aber auch alle auf einen Austausch von Leistungen gerichteten (unbenannten) Verträge gehören, ist gemeinsam die völlige Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde, mag dieser nun in einem Gegenversprechen oder in einer reellen Leistung bestehen (§. 40). Diese Verbindung ist auf den Willen der Contrahenten zurückzuführen. Aber dieser Wille muß auch die Fähigkeit haben, „jene Verbindung aufzugeben und das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben"; von Formen entfesselt muß er eben so viel vermögen, als er nach R. R. an Formen gebunden unzweifelhaft vermochte. Eine Stipulation, etwa von zwei Rechtsgelehrten mit Ernst und Kenntniß ihrer Bedeutung im Sinne des R. R. eingegangen, wäre unbedenklich als wirksam anzuerkennen. Es fragt sich nur, ob es

demselben abstracten Verpflichtungswillen heutzutage, da die Form der Stipulation nicht mehr im Gebrauch ist, an jeder andern Form gebricht, um zur rechtlichen Existenz zu gelangen? Wo das Versprechen seinen Rechtsgrund aus Verhältnissen zu einem Dritten entnimmt, dem formlosen einfachen Versprechen die Wirkung der Stipulation beizulegen, trägt niemand Bedenken. Ueber die Bedeutung einer Novation aber, welche ohne Eintreten einer andern Person auch das Objekt der Obligatio unverändert läßt, findet man meist sehr unklare Ansichten, und die (vom Verf. sogenannte) accessorische Stipulation scheint als praktischer Begriff ganz entschwunden zu sein; und unzweifelhaftem Bedürfniß können doch die Mittel zu dessen Befriedigung nicht fehlen. Der Verfasser bezeichnet als Verträge, welche gleich der Stipulation das Bedürfniß processualischer Sicherung befriedigen, abgesehen vom Wechselvertrag, das sogenannte Abrechnungsgeschäft und die Rechnungstellung, die Ausstellung eines Schuldscheins oder einer Quittung, und die einfache auf Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes einer Schuld gerichtete Anerkennung; diese sind ihm die (negativ-) formellen Verträge des heutigen Rechts, für welche (cum grano salis) die römischen Grundsätze über Stipulation noch jetzt anzuwenden sind, und welche so auch im heutigen Recht noch einen Gegensatz zu materiellen Verträgen bilden (§. 41). Der oft gehörte Satz: jeder klagbare Vertrag müsse eine causa haben (vgl. Code Nap. art. 1108—1132), ist verwirrend: er versteht sich von selbst, wenn man unter causa die subjektive causa versteht; ist unrichtig ausgedrückt, wenn man damit sagen will, daß im Gebiet der materiellen Verträge das einfache Versprechen nur in Verbindung mit seinem Rechtsgrunde Geltung habe, und nur sehr relativ wahr, wenn er sagen soll, die formellen Verträge seien in ihrer Giltigkeit von dem objektiven Bestande ihrer causa abhängig; wahr nämlich nur in soweit, als auch nach R. R. der Bestand der causa für die Wirksamkeit der Stipulation von Bedeutung ist. Der Aufstellung des Summenversprechens als eines eigenen Rechtsinstituts, bei welchem das Erforderniß einer materiellen causa wegfalle (Thöl's Handelsrecht II. §. 149), liegt eine richtige Erkenntniß des formellen Vertrags, der ein abstractes Forderungsrecht überträgt, zum Grunde; nur ist diese Lehre bei dem genannten Gelehrten nicht zum vollen Durchbruch gekommen (§. 42).

Nach dieser Vorbereitung beleuchtet nun Cap. VII. §. 43—45 zunächst den Anerkennungsvertrag, im allgemeinen davon ausgehend, daß den vorhingenannten Verträgen in der Regel eben eine ächte Anerkennung zum Grunde liege, wie sie in der Zahlung und dem

Compensationsvertrag sich bethätigt, wie sie auch in der Abschließung eines materiellen Vertrages wohl sich bethätigen kann (nach L. 5. §. 1. D. de act. emti. L. 31. §. 17. D. aedil. ed.). Jene kann man vorzugsweise als Anerkennungsverträge bezeichnen, „da sie aus der Anerkennung eines außer ihnen liegenden Rechtsverhältnisses ausschließlich ihr materielles Element entnehmen und deßhalb auch schon in ihrer äußern Erscheinung auf solche hinweisen" (S. 163). Die Anerkennungsverträge nun gehören fast durchgängig dem Gebiete der Obligationen an, scheiden sich aber hier in eigentlich obligatorische und liberatorische, je nachdem sie auf Anerkennung des Bestandes oder des Nichtbestandes eines Schuldverhältnisses gerichtet sind. Für jene kann die Stipulationslehre fast durchaus zum Anhaltpunkte dienen; was die letzten betrifft, so können sie ohne Zweifel auch auf schon vollständig (ipso jure im Sinne des R. R.) eingetretene Tilgung sich beziehen und begründen dann eine neue Einrede (im heutigen Sinn), „die dem materiellen Verhältniß, aus welchem der Nichtbestand der Forderung abgeleitet wird, accessorisch hinzutritt"; ob sie aber die Wirkung der Acceptilatio oder die beschränktere des pactum de non petendo haben, kommt auf den Willen der Contrahenten an (§. 43).

Der Anerkennungsvertrag kann schon in der bloßen (ausdrücklich oder stillschweigend acceptirten) Erklärung der Anerkennung liegen, „wenn diese in einer Weise geschieht, daß dadurch die auf Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichtete Willenseinigung sich ergibt". Dazu ist erforderlich, daß sie mit dem Willen, sich zu verpflichten, verbunden sei, und zwar mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Giltigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt. Die Anerkennung der Schuld muß sich in ein Zahlungsversprechen übersetzen lassen, in dem Sinne: „ich verspreche zu zahlen, weil — nicht wenn ich schuldig bin (oder ein Dritter schuldet)". Daher ist z. B. in der Bitte um Zahlungsfrist, in der Zinszahlung, in der Zahlung oder Bitte um Nachlaß eines Theils der Schuld, vollends in der Behauptung, schon gezahlt zu haben, noch kein Anerkennungsvertrag zu finden (§. 44).

Verwandt dem Anerkennungsvertrag sind das rechtskräftige Urtheil, der Eid und das Compromiß, dann der Vergleich und am meisten das gerichtliche Geständniß, das man selbst als eine Art Anerkennungsvertrag bezeichnen könnte. Das außergerichtliche Geständniß, insofern es reines Beweismittel ist, hat diese Natur freilich nicht. Dieß hat aber öfters dahin geführt, den Anerkennungsvertrag, den man auch bloß als

außergerichtliches Geständniß ansah, unrichtig zu beurtheilen. Noch mehr hat die Lehre vom Constitutum Irrungen verursacht. Vom verderblichsten Einfluß ist es gewesen, daß man, das constitutum debiti proprii noch als ein praktisches Rechtsinstitut ansehend, ein solches in dem auf Grund einer bestehenden Verbindlichkeit geleisteten Zahlungsversprechen zu finden glaubte, und demgemäß das erneuerte Zahlungsversprechen wie das römische Constitutum von der Existenz der ursprünglichen Verbindlichkeit absolut abhängig hielt, wodurch es schlechthin werthlos wurde. Das heutige Zahlungsversprechen ist zwar äußerlich dem Constitutum ganz ähnlich, innerlich aber sehr verschieden davon, da es, zur Sicherung des Gläubigers gegeben, in der Regel mit verpflichtendem Willen der Anerkennung verbunden ist, ohne welchen es keinen praktischen Werth hätte. „Man sollte deßhalb lieber die so leicht zu Mißverständnissen führende Lehre vom Constitut in der Praxis ganz bei Seite lassen. — Die Bedeutung, welche dasselbe für das R. R. hatte, ist in der heutigen allgemeinen Klagbarkeit der Verträge aufgegangen" (§. 45).

In Vergleichung mit dem Bisherigen bespricht nun der Verfasser in Cap. IX. (§. 46, 47) noch die Anerkennung als Grund der Ausschließung einer Exception. Hier liegt eine unvollkommenere Bethätigung der Anerkennung vor, die sich formell als Verzicht auffassen läßt, materiell mehr oder weniger motivirt durch den Gedanken, daß der Anerkennung gegenüber die Exception von Anfang an unglaubwürdig erscheine oder wenigstens nachträglich ihre Berechtigung verloren habe, in manchen Fällen ähnlich der Genehmigung. So wird die exceptio doli oder metus schon durch eine Zins- oder Abschlagszahlung verloren, obwohl diese an sich sonst keine Verpflichtung zur Zahlung der Haupt- oder Rest-Schuld begründet. So wird eben dadurch auch die exceptio non numeratae pecuniae beseitigt, und kann der Anspruch auf Restitution durch irgend welche Anerkennung leicht wegfallen. In der Annahme einer zur Erfüllung eines Vertrags bestimmten Leistung bethätigt sich die Anerkennung, daß diese Leistung ihrer Beschaffenheit nach dem Vertrag entspreche; daher die Regel der Praxis, daß bei der sogenannten exceptio non rite adimpleti contractus der Verklagte die Mangelhaftigkeit der Leistung zu beweisen habe, wobei zugleich ein Irrthum des Empfängers vorauszusetzen sei; auf einen bei der Annahme sofort offenbaren Fehler gestützt, würde die exceptio nicht zu berücksichtigen sein; wohingegen in der Annahme einer quantitativ unvollständigen Leistung noch nicht eine Anerkennung vollständiger Vertragserfüllung zu finden, daher bei der einfachen exceptio non adimpleti contractus dem

Beklagten der Beweis nicht aufzubürden sei. Auch die Einrede der Verjährung kann durch unvollkommene Anerkennungsakte ausgeschlossen werden, und Verfasser ist nicht abgeneigt, dieß auch für die Zeit nach vollendeter Verjährung anzunehmen. Außerdem kann auch die Anerkennung in Beziehung auf die Legitimation eines Bevollmächtigten und eines Cessionars sich in ähnlicher Weise wirksam zeigen.

Aber die Anerkennung beschränkt sich nicht bloß auf das Gebiet der Obligationen; sie zeigt sich auch in andern Rechtsgebieten vielfach wirksam, bald positive Rechte begründend, bald die Anfechtung bestehender Rechte ausschließend. Zur größeren Veranschaulichung und nähern Bestimmung des obligatorischen Anerkennungsvertrags geht der Verfasser in Cap. X. §. 48—54 diese Fälle durch, und wendet sich dann in Cap. XI. zu der genaueren Beleuchtung der einzelnen Formen des Anerkennungsvertrags, und zwar zunächst §. 55, 56 der Abrechnung.

Die sogenannte Abrechnung ist in der Praxis schon seit geraumer Zeit, auch ohne Angabe der ihr zu Grunde liegenden Verhältnisse, als klagbegründendes Rechtsgeschäft anerkannt; aber man ist nicht ohne Schwierigkeit dazu gelangt und hat auch noch nicht den durchschlagenden theoretischen Ausdruck dafür gefunden; vielmehr ist die Abrechnungslehre noch immer durch verwirrende Einmischung der Lehre von der Novation und dem Constitutum, unter Verkennung der Bedeutung der accessorischen Stipulation, gefährdet, wie in §. 41 unter Bezugnahme auf die verdienstliche Erörterung in Pfeiffer's prakt. Ausführungen VIII. 2. näher nachgewiesen wird. Die Abrechnung besteht gewöhnlich in zwei Momenten: einem liberatorischen, indem sich die Abrechnenden einigen, daß die fraglichen Forderungen als durch Compensation oder auch als durch geleistete Zahlungen getilgt gelten sollen; sodann einen obligatorischen, indem die Differenz der beiderseitigen Schuldbeträge oder ein bestimmter Ueberschuß als Schuld (Restschuld oder Schuldrest) des einen zu Gunsten des andern festgestellt wird. Kraft der letzten (obligatorischen) Function gilt die Abrechnung nach der Praxis als selbständiger Klaggrund. Wenn nach römischem Recht die Abrechnung ohne Stipulation die letzte Wirkung nicht haben konnte, so muß diese doch nach heutigem Recht dem in jener zu Tage tretenden formlosen Vertrage unzweifelhaft beigelegt werden, gleich einer römischen stipulatio debiti. Das Grundelement der Abrechnung bildet die Anerkennung der beiderseitigen Forderungs-, beziehungsweise Zahlungs-Posten, welche, wenn animo obligandi erfolgt, abgesehen von einem error calculi, wegen Nichtbestands der in ihr begriffenen Posten nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti auf

Grund eines entschuldbaren Irrthums oder Betrugs anzufechten steht. Die beiderseitigen Anerkennungen gegentheiliger Posten wirken jede für sich unabhängig von einander, und gibt somit die Anfechtung von einer Seite dem andern Theile kein Recht, auch seine Anerkennung der gegentheiligen Posten zurückzunehmen, wenn nicht das Verhältniß gerade in der Weise, vergleichsartig, festgestellt worden ist, daß die beiderseitigen Anerkennungen als eigentlich gegenseitige Zugeständnisse, also einander bedingend, anzusehen sind. Nur kann freilich der eine nicht des andern Proposition einer Abrechnung die Anerkennung seiner Forderungsposten durch Acceptation bindend machen, indem er die Anerkennung der jenseitigen ablehnt. Eine Novation ist bei der Abrechnung im Zweifel nicht anzunehmen; ihre theoretische Grundlage findet sie in der accessorischen Stipulation; und daraus erklären sich alle Wirkungen, welche ihr die Praxis beilegt. Forderungen, welche nicht in der Abrechnung begriffen waren, können ungeachtet dieser noch geltend gemacht werden. Sie kann jedoch auch die Anerkennung, daß andere Schuldverhältnisse irgend einer oder einer bestimmten Art unter den Abrechnenden nicht bestehen, in sich schließen, ausdrücklich oder auch stillschweigend, und so eine ähnliche Function üben, wie die römische stipulatio Aquiliana mit der ihr verbundenen Acceptilatio. Dann können auch solche anderweitige Forderungen nicht anders mehr als nach den Grundsätzen der condictio indebiti geltend gemacht werden, und ist ein entschuldbarer Irrthum keineswegs schon darum für erwiesen zu halten, weil nachgewiesen ist, daß eine Forderung nicht mit verrechnet sei. Eine müßige Frage ist es übrigens, ob eine Abrechnung auch dann vorhanden sei, wenn nur auf einer Seite Schuldposten bestanden: für die verpflichtende Kraft des ein Rechnungsergebniß feststellenden Vertrags muß es wohl einerlei sein, „ob bei demselben bloß addirt oder auch subtrahirt worden ist" (S. 225).

Nur eine Art der Abrechnung ist übrigens die kaufmännische Saldoziehung. Erkennt der Geschäftsfreund den ihm zugestellten Contocorrent als richtig an, so ist dadurch das Abrechnungsgeschäft vollendet. Und zwar ist im Sinne des kaufmännischen Verkehrs anzunehmen, daß durch den Saldo-Abschluß die beiderseitige Rechnung sowohl in ihrem negativen als ihrem positiven Bestande festgestellt werde, ungeachtet selbst der üblichen Clausel: „Irrthum vorbehalten", welche, wenn auch nicht bloß von einem Rechnungsirrthum, doch nur von einem entschuldbaren und deßhalb glaubhaften Irrthum zu verstehen ist.

Der Abrechnung nahe verwandt, jedoch in gewisser Beziehung von

eigenthümlicher Natur ist die **Rechnungsstellung** (§. 57). Die Verpflichtung dazu ist schon im R. R. vielfach anerkannt, tritt aber im heutigen Proceß mehr hervor, gleichsam als eine selbständige Verbindlichkeit. In der Regel muß der Kläger die seinen Anspruch begründenden Thatsachen genau beibringen. In gewissen Verhältnissen aber erfordert es die bona fides, daß der Verpflichtete selbst die seine Verpflichtung begründenden Thatsachen angebe, z. B. bei Geschäftsführung, Erbschaftsstreitigkeiten u. dgl. Die Auskunftsertheilung darüber, was der Gegner z. B. als Geschäftsführer für mich eingenommen und ausgegeben habe, ist es, was man unter Rechnungsablage (rationes reddere) versteht. Das Recht des Geschäftsherrn auf solche Rechnungstellung bezieht sich nur auf die Angabe der den Gegner verpflichtenden Thatsachen, d. i. auf Verzeichnung der Einnahmeposten; denn die Ausgabeposten bilden nur Gegenforderungen des Geschäftsführers, deren processualische Begründung ohnehin diesem, in seinem Interesse, obliegt. Processualisch verkehrt ist es, eine Klage des Geschäftsherrn auf Erstattung der etwa von ihm selbst verzeichneten Einnahmen zurückzuweisen, weil er auf die Einnahme nur nach Abzug der Ausgaben nur Recht habe, also zunächst auf Rechnungstellung klagen müsse. Diese Klage, „lediglich zu dem Zweck, daß der Geschäftsführer seine Ausgabeposten geltend mache, ist eine Klage darauf, daß der Verklagte **excipire**; eine solche Klage zulassen oder gar begehren, heißt den Proceß verdoppeln".

Die Einzeichnung eines Einnahmepostens nun kann freilich, solange der Rechnungsführer die Rechnung in Händen behält, eine Obligation nicht begründen. „Legt dieser aber dem Geschäftsherrn Rechnung ab, so verpflichtet er sich formell auf die berechneten Einnahmeposten; die Rechnungstellung als solche begründet einen Anerkennungsvertrag. Stellt der Rechnungsführer zugleich seine Ausgaben gegenüber, so liegt hierin die Proposition eines weitern vom Geschäftsherrn einzugehenden Anerkennungsvertrags, und wenn dieser dieselben anerkennt, so gestaltet sich der hierauf gegründete Rechnungsabschluß zu einem Abrechnungsgeschäft (S. 229)". Aber der letzte kann auch Einnahme und Ausgabe trennen, jene annehmen, diese ablehnen, und lediglich auf jene Kraft der in der Rechnungstellung liegenden Anerkennung seine Klage gründen, erwartend, „wie der Beklagte die Ausgabeposten einredeweise geltend mache". Nur eine scheinbare Ausnahme hiervon ist es, wenn nicht wirklich eingegangene Posten in Einnahme und gleichzeitig (unter dem Titel der Liquidation) in Ausgabe gesetzt werden, wo sich der Geschäftsherr die zwar in Rechnung gestellte aber eigentlich doch verneinte Einnahme freilich nicht aneignen

kann, „ohne die Liquidation abzusetzen", es sei denn, daß der Rechnungsteller für jene unbedingt zu haften hätte. Uebrigens liegt in dem Rechnungsabschluß im Zweifel nur eine Feststellung der fraglichen Schuldverhältnisse in ihrem positiven Bestande, ohne die Geltendmachung weiterer Ansprüche des Geschäftsherrn zu behindern. Indem der Verfasser schließlich noch die Anwendung obiger Grundsätze auf fiscalische und vormundschaftliche Rechnungstellung berührt, bei welcher letzten die obervormundschaftliche Rechnungsabnahme den Vormund auch dem Mündel verpflichte, findet er einen Beleg dafür in Justinian's Vorschrift über die Wirksamkeit des vormundschaftlichen Inventars, L. 13. Cod. arbitr. tut. 5, 51, deren Schlußsatz so deutlich auf L. 25. D. de probat. hinweise, daß darin eine Uebertragung der Grundsätze von der condictio indebiti auf die Anfechtung öffentlicher Inventare nicht zu verkennen sei, und welche im Ganzen zugleich ergebe, daß die Unterscheidung zwischen ächter und unächter Anerkennung auch damals nicht völlig erloschen war.

Eine dritte Hauptform des Anerkennungsvertrags ist der Schuldschein und in liberatorischer Richtung die Quittung (§. 58—66). Die herrschende Ansicht sieht darin nur Beweismittel, verkennt den darin liegenden Willensact, der darauf gerichtet ist, das in ihnen bezeugte Verhältniß gegen sich gelten zu lassen, und durch Hingabe und Annahme der Urkunde zum Vertrag sich vollendet. Man würde an dieser Vertragsnatur wohl nicht zweifeln, wenn der genannte Wille stets ausdrücklich zu Tage träte, etwa in folgender Weise:

(a) „Ich der unterzeichnete N. bekenne hierdurch, von X. im verflossenen Jahre für 100 Rthlr. Weizen gekauft und empfangen zu haben, (b) und demnach ihm den Betrag von 100 Rthlr. zu schulden. (c) Ich verspreche diese 100 Rthlr. baldigst zu zahlen. (d) Ich der mitunterzeichnete X nehme dieß Versprechen an". (Beide Unterschriften). Aber man lasse den Zusatz (d) und die Unterschrift des X weg; die Sache bleibt doch dieselbe; die Acceptation liegt schon in der Annahme der Urkunde, wenn sie nicht vorher mündlich erklärt ist; ja, wenn der X dazu die Proposition machte, so ist die Aushändigung der Urkunde Acceptation von Seiten des N. Weiter: auch der Satz c ist nicht wesentlich; es versteht sich von selbst, daß, wer schuldig zu sein bekennt, damit zugleich den Willen ausdrückt zu zahlen. Wie die Erklärung: „profiteor te non teneri" ein Exception-begründendes pactum, so ergibt nach heutigem Recht die Erklärung: „profiteor me teneri" einen Klagebegründenden Vertrag. Aber auch den Satz b kann man wegstreichen; denn es versteht sich wiederum von selbst, daß wer a bezeugt, still-

schweigend b als Consequenz will, man müßte denn glauben, daß er jenes bezeugen würde, wenn er annähme, die Schuld aus dem Kaufe bestehe nicht mehr. Also: der Schuldschein, der sich bloß auf den Satz a beschränkt, mit der Unterschrift des N, dem X übergeben, repräsentirt immer noch einen Vertrag. Gleiche Bewandtniß hat es bei der Quittung bezüglich des Willens der Freigebung von der Schuld. Sage man auch: der Aussteller wolle doch nur ein Beweismittel gegen sich schaffen: „Ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen". Tagtäglich werden Schuldscheine und Quittungen ausgestellt, welche das factische Verhältniß ganz anders bezeichnen als es wirklich ist: Quittungen z. B. mit „dankend erhalten" für den ganzen Betrag einer Rechnung, ungeachtet eines Abzugs, Darlehnsscheine über baaren Empfang, wo die Zuwendung des Geldes in anderer Weise stattgefunden. Sicherlich nicht, um ein unwahres Beweismittel zu schaffen! sondern, um die Einigung über Nichtbestand oder Bestand der Schuld auszudrücken. Jene Auffassung entspricht also dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, wie noch deutlicher in gerichtlichen Schuldverschreibungen (die selbst Obligationen genannt werden) und Quittungen zu Tage tritt. „Nicht selten werden dieselben hingegeben unter dem Vorbehalte dieser oder jener noch zurückstehenden Gegenleistung. Für eine ältere Obligation wird eine neue errichtet und die ältere dagegen quittirt. Kurz, wir begegnen einem Verkehr, welcher völlig dem Austausch abstract zugewendeter Vermögensobjecte entspricht". (S. 235 fg.) — „Jene Urkunden entsprechen hiernach den römischen Formalverträgen; ja, man kann sie recht eigentlich als die moderne Stipulation und Acceptilation bezeichnen" (S. 236). Neben der verpflichtenden haben sie freilich noch eine beweisende Kraft. Wenn auch nach R. R. der Schuldschein, wie es nach classischem Recht wirklich noch der Fall war, auf die letzte beschränkt war: nach heutigem Recht müßte doch die erste stärkere Bedeutung behauptet werden „als nothwendige Folge der Klagbarkeit formloser Verträge". Der Quittung aber, wo sie ex causa praecedente geschah (im andern Fall war es bedeutungslos), wurde schon nach classischem Recht die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt, wie aus L. 35. 40. pr. D. de pact. L. 14. 21. Cod. de solut. hervorgeht, sowie aus der Analogie des legatum liberationis, welches in der testamentarischen Erklärung, daß die Schuld bezahlt sei, gefunden wird. Die Argumentation in L. 1. Cod. de falsa causa, „daß nach einer solchen Erklärung entweder die Schuld wirklich bezahlt sei oder doch der Testator dieselbe als bezahlt gelten

lassen wolle, paßt auf das vollkommenste auch für die Quittung" (S. 238).

Zur Bestätigung der so entwickelten Natur jener Urkunden führt der Verfasser (§. 60) noch als damit zusammenhängend an: die anerkannte Abhängigkeit der Beweiskraft von der Unterschrift und von der Uebergabe derselben, ferner von der Dispositionsfähigkeit des Ausstellers; sodann den Satz, daß der Producent den Inhalt derselben auch gegen sich müsse gelten lassen, und vorzüglich deren Beweiskraft gegen Dritte, auch die Vorschrift der Auth. si qua mulier, welche als Beweisregel gedacht völlig unmotivirt erscheinen würde, und endlich den Executivproceß, welcher eben auf dem Gedanken einer verpflichtenden Kraft der Urkunde beruhe (vgl. §. 64).

Aus dem Bisherigen folgt, daß der Schuldschein einen selbständigen Klaggrund, die Quittung eine selbständige Einrede abgibt, processualisch verschieden von der Klage und Einrede aus dem materiellen Verhältniß, aber mit diesen in Concurrenz tretend und, wie die das letzte begründenden juristischen Thatsachen, in das erste Verfahren gehörig. Aber das materielle Verhältniß kann einen Einfluß üben auf die Wirksamkeit jener, vornehmlich für deren Anfechtung.

Der Schuldschein kann zunächst angefochten werden, als über eine reprobirte Verbindlichkeit ausgestellt, in gleichem Umfang, wie nach R. R. die Stipulation der Anfechtung aus diesem Grunde unterlag. Die wichtigste Anfechtung ist aber die wegen objectiven Mangels der causa. Dazu ist regelmäßig erforderlich, daß die irrthümliche Unterstellung der Schuld nach den Grundsätzen der condictio indebiti dargethan werde, wovon jedoch die exceptio compensationis und die sogenannte exceptio non adimpleti contractus eine freilich mehr scheinbare als wirkliche Ausnahme machen. Für die Anfechtung der Quittung gilt wesentlich dasselbe; liegt der Quittung die Anerkennung einer reprobirten Gegenforderung zu Grunde, so wirkt sie sogar stärker, insofern nämlich die Anfechtung hier nur wirksam sein kann, wenn die Forderung dergestalt reprobirt ist, daß auch Gezahltes zurückgefordert werden kann. Durch die Quittung hypothekarischer Forderungen insbesondere erlischt auch das Pfandrecht. Kann sie wegen Mangels der causa angefochten werden, so kann der Aussteller ohne Zweifel auch Wiederherstellung des Pfandrechts verlangen, jedoch nicht dritten Personen gegenüber, die inzwischen dingliche Rechte an dem Pfande erworben haben, es wäre denn doli exceptio gegen sie begründet (§. 61).

Eine Suspension der verpflichtenden Kraft tritt bei solchen Schuld-

scheinen und Quittungen ein, welche einfach auf eine geschehene Realleistung, z. B. eine Geldzahlung, Bezug nehmen, als welchen die mit keiner Beweislast verbundene, daher von selbst zu berücksichtigende exceptio non numeratae pecuniae entgegensteht; jene kommen zunächst nur als Beweismittel über das materielle Verhältniß in Betracht. Aber ihre verpflichtende Kraft ruht nur bis nach Ablauf der bekannten Fristen, wenn nicht die Exception durch Protestation perpetuirt ist; sie lebt noch früher auf durch eine solche Anerkennung der Schuld, welche mit der Annahme noch zurückstehender materieller Begründung unvereinbar ist. „Von da an tritt die Urkunde ganz in die Reihe der übrigen Schuldurkunden ein, d. h. sie bildet einen nur wegen irrthümlicher Voraussetzung einer causa praecedens anfechtbaren Verpflichtungsact." Die gemeine Lehre, nach welcher in der ersten Periode die Urkunde noch gar nichts beweist, in der zweiten einfacher Gegenbeweis dagegen gestattet ist, ergibt heillose Resultate, und steht mit den Gewohnheiten und dem Rechtsbewußtsein des praktischen Lebens im grellsten Widerspruch, wie der Verfasser §. 62. sowohl bezüglich der Quittungen als der Schuldscheine näher auszuführen sucht.

Auch wenn die Schuldurkunde die ihr zu Grunde liegende causa nicht angibt, erkennt sie der Verfasser §. 63. als abstracten Verpflichtungsact an, „welcher so lange bindet, als nicht einredeweise der Mangel der causa dargelegt wird". Das ergibt sich „schon als Consequenz aus der Lehre, daß eine Urkunde mit ausgedrückter causa praecedens nur durch Darlegung des Irrthums anzufechten steht; denn sonst müßte ja stets einfacher Gegenbeweis zu deren Beseitigung genügen, da sie schon durch diesen auf den Standpunkt der cautio indiscreta versetzt wird" (S. 251. fg.). Die gemeine Lehre freilich spricht (nach L. 25. §. 4. D. de probat.) dem indiscreten Schuldschein die Beweiskraft ab; sie übersieht aber, daß dieser heutzutage „mehr als ein bloßes Zahlungsversprechen ist, daß er auf eine vorausgegangene oder wenigstens gleichzeitig erledigte causa hinweist, mag diese bestanden haben, worin sie wolle." Die Erklärung schuldig zu sein, trägt die Bescheinigung der erledigten causa in sich. Dem Anfechtenden liegt es ob, die causa, an welche dabei gedacht ist, darzulegen, und sodann deren irrthümliche Unterstellung zu erweisen, oder wenigstens, soweit die exceptio n. n. p. zulässig, wider deren objectiven Bestand Gegenbeweis zu führen. Alle Versuche rationeller Begründung der gemeinen Lehre sind dagegen unhaltbar (S. 252—258).

Nachdem der Verfasser so seine Theorie über Schuldschein und

Quittung dargelegt, fügt er noch eine Dogmengeschichte bei, in §. 64. bezüglich des Schuldscheins, in §. 65. bezüglich der cautio indiscreta. Dort deutet er, unter Verweisung auf Briegleb's bekannte Geschichte des Executivprocesses, kurz an, wie man im Mittelalter für die Schuldurkunde eine stärkere Bedeutung, als die eines bloßen Beweismittels, dadurch zu gewinnen wußte, daß man sie in die Form eines vor dem Richter abgelegten Geständnisses einkleidete und mit der executorischen Clausel versah, wie man dann später die gleiche Exequirbarkeit auf alle öffentlichen und zuletzt auch auf Privaturkunden ausdehnte, woraus sich der heutige Executivproceß bildete, der ursprünglich damit verknüpfte Gedanke aber, daß die Urkunde formelle Wahrheit bilde, dem heutigen Recht fremd geworden und die „unberechtigte" Idee eines „schleunigen Beweismittels" an die Stelle getreten sei. In §. 65 aber legt er uns, mit reichhaltigen Literatur-Nachweisen, dar, wie man seit den Glossatoren gerungen, eine brauchbare Theorie über die sogenannte cautio indiscreta zu gewinnen, wie sich schon frühzeitig Anklänge der richtigen Lehre vernehmen lassen, und wie man unrichtige Grundsätze durch manchfaltige Ausnahmen mit dem Leben zu versöhnen suchte. „Die neuere Zeit, so heißt es S. 266., hatte wohl die Kraft, die Schwäche jener Ausnahme im Verhältniß zur Regel zu erkennen, nicht aber auch den Muth, die Regel selbst anzugreifen". In der Praxis aber leben jene Ausnahmen mehr oder weniger fort, und von Cropp's Abhandlung von der cautio indiscreta möchte man fast glauben, sie sei nur geschrieben um schließlich zu zeigen, wie die dargestellte Lehre nicht angewendet werde. Auch in der Abrechnungslehre ist dieser ein Todfeind entstanden. Vor allem aber ist beachtenswerth, daß der Handelstand von jeher auch für andere Schuldurkunden als Wechsel die Lehre von der cautio indiscreta (so wie auch die von der exc. n. n. p.) von sich abgewiesen. „Darin aber charakterisirt sich recht eigentlich das Recht, wie es im Volke lebt. Denn nichts ist irriger als den Handelstand gleichsam für ein Volk im Volke zu halten, welches sein ganz besonderes Recht bildete. Vielmehr ist das Handelsrecht in den meisten Beziehungen unser eigentliches, ich möchte sagen, potenzirtes Volksrecht, und die Eigenthümlichkeiten desselben dürften vielfach nur darauf beruhen, daß in der starken Strömung des Handelsverkehrs die künstlichen Bauten keinen Stand halten, mittelst deren es den Juristen an anderen Stellen den natürlichen Lauf des nämlichen Rechtsstromes abzudämmen gelingt". „Den siegreichen Fortschritt des Handelsrechtes auf dem hier fraglichen Gebiete bezeichnet aber — der §. 1. der allgemeinen deutschen Wechselordnung".

So der Verfasser S. 267., der alsdann noch §. 66. an einigen interessanten Rechtsfällen aus der Churhessischen Praxis die von ihm dargestellte Lehre zu veranschaulichen sucht.

Es bleiben noch zu betrachten übrig die einfache Anerkennung (§. 67) und der Wechsel (§. 68). Die erste liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Bestand, oder dieser jenem gegenüber den Nichtbestand der Schuld schriftlich oder mündlich schlechthin anerkennen zu wollen erklärt. Man findet darin häufig nur ein außergerichtliches Geständniß, das ein Beweismittel abgebe, und faßt die Absicht, sich zu verpflichten, nur als Ernstlichkeit des Geständnisses auf. Aber man denke sich: in einem Strafverfahren bilde es ein Indicium, daß der Angeklagte zu gewisser Zeit sich Geld verschafft habe; ein Zeuge sagt aus, ihm ein Darlehen gegeben zu haben, und der Angeklagte gesteht das in der Confrontation mit diesem reuig ein. Das wäre ein Geständniß, und zwar ein ernstliches, aber offenbar von ganz anderem Charakter, als ein dem Gläubiger zugestelltes schriftliches Anerkenntniß der Schuld; hier ein Anerkennungsvertrag, dort nicht, weil es an der Absicht fehlt, sich dem Gläubiger zu verpflichten. Der Wechsel aber reiht sich in die dargestellte Lehre leicht ein, indem darin, wie in der römischen Stipulation und dem modernen Schuldschein, ein einfaches Versprechen zum selbständigen Vertrag erhoben ist, unter Abstraction von dessen Rechtsgrunde, der in das Verhältniß der causa zurücktritt. Nur erleidet die Art und Weise der Anfechtung wegen Mangels der causa eine Modification durch die dem Wechsel eigenthümliche Indossationsfähigkeit, abgesehen von dem processualischen Moment der Wechselstrenge. Vermöge jener ist das Wechselversprechen zu vergleichen einem Stipulationsversprechen, welches auf Anweisung des A der Promittent B einem dritten X leistet, wenn man sich unter X „die mystische Person des jezeitigen legitimirten Wechselinhabers“ vorstellt. So wie nun hier der Mangel der causa stipulationis nicht dem X, sondern nur dem A gegenüber geltend gemacht werden kann, „so begründet auch die mangelnde causa der Wechselobligation nur eine Condiction auf Ersatz . . . . . wider denjenigen, im Verhältniß zu welchem dieselbe eingegangen wurde“, und nur zufällig, wenn eben dieser die Wechselklage erhebt, kann daraus eine Einrede gegen die letzte hervorgehen, die dann aber die Natur einer Compensationseinrede hat. Für die Begründung dieser Einrede wie jener Condiction müssen aber ganz die oben dargestellten Grundsätze gelten. Ist insbesondere der Wechsel zum gleichzeitigen Austausch mit einer Geldsumme bestimmt gewesen, und enthält er nicht die Bescheinigung des

Empfangs der Valuta, (oder nur: „Werth in Rechnung", oder gar „Werth in Erwartung"), so muß ohne Zweifel der Wechselempfänger, um jene Anfechtung abzuwehren, die Zahlung der Valuta beweisen, indem die Wechselbegebung wie die Stipulation an sich bloß Verpflichtungsact, nicht Beweis der causa ist. „In dem zur Aufnahme eines Darlehens bestimmten eigenen Wechsel ohne Bescheinigung des Valutaempfanges hätten wir hiernach (abgesehen von dessen Indossirbarkeit) das getreue Ebenbild der römischen cautio, quae indiscrete loquitur, und in dem Einwand, daß das Geld nicht gezahlt sei, die reine exceptio n. n. pec., welche die Beweislast dem Gegner zuwendet, wieder gefunden" (S. 277). Welche causa aber der Wechselobligation zu Grund liege, und daß dieses Causalverhältniß gerade dem zeitigen Wechselinhaber gegenüber bestehe, das zu beweisen liegt dem anfechtenden Wechselschuldner ob. Uebrigens bemerkt der Verfasser noch 1) daß beim Wechsel nicht eben so, wie (nach §. 24) bei der Stipulation, in gewissen Fällen eine schwächere Wirksamkeit als bei der datio, vermittelst entgegenstehender exceptio, anzunehmen sei; da wo es sich um ein verzichtbares Recht handelt, wie bei der exceptio non impleti contractus, schon aus dem Grunde nicht, weil in der Ausstellung des Wechsels der Verzicht liege, aber auch da nicht, wo jenes auf prohibitiven Normen beruht, weil es der Consequenz des Wechselinstituts bei der freien Indossirbarkeit entgegen wäre; 2) daß auch da, wo der Mangel der causa bei der Stipulation selbst dritten Personen gegenüber wirkt oder ein Verbot Nichtigkeit bewirkt, doch der Wechsel in der Hand eines Dritten nicht deßhalb anfechtbar sei (vgl. §. 82. der deutschen Wechselordnung: „welcher nur ausspricht, was längst gewohnheitsrechtlich feststand"). Und so schließt der Verfasser diesen §. mit dem Satze: „der Wechsel ist (wegen Mangels der causa) nur da anfechtbar, wo in dem Fall, daß statt des Wechsels baares Geld gegeben wäre, der Wechselverklagte dieses Geld von dem Wechselkläger zurückfordern könnte. Insofern hat es etwas wahres, wenn einige Schriftsteller lehren: der Wechsel ist ein kaufmännisches Papiergeld."

Wir kommen zum letzten Kapitel der Abhandlung, das die Zwölfzahl voll macht: §. 69. „Klage auf Anerkennung", und §. 70. „Schluß". Gibt die verweigerte Anerkennung eines Rechtsverhältnisses Grund zu einer Klage auf dessen Feststellung? so fragt §. 69. Die gemeinrechtliche Theorie verneint diese Frage, und die Praxis ist ihr im Allgemeinen gefolgt, wenige Ausnahmen abgerechnet. Aber im Leben macht sich oft genug ein dringendes, ja unabweisliches Bedürfniß geltend, den Bestand eines Rechtsverhältnisses an und für sich, noch ehe die materiellen Folgen

desselben in Anspruch genommen werden, in rechtliche Gewißheit zu setzen; in einigen Ländern hat es auch die Praxis und zum Theil die Gesetzgebung durch Gestattung von Klagen jener Art zugleich anerkannt und befriedigt. Sollte das R. R. keine Befriedigung dafür gekannt haben? In L. 41. D. de iud. stellt Papinian den Satz auf: In omnibus bonae fidei iudiciis, quum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit; und nach L. 38. pr. D. pro socio erklärte es schon Sabinus für eine Obliegenheit des iudex (arbiter) in solchen Processen prospicere cautionibus in futuro damno vel lucro pendente z. B. ex societate. Da haben wir ja die Klage auf Anerkennung; denn die cautio, von welcher L. 41. cit. spricht, ist nichts anderes als eine Stipulation, und zwar zunächst nur diese (nuda promissio, ohne daß dabei nothwendig auch an eine sog. Realcaution zu denken ist), wodurch ein bestimmter Rechtsanspruch anerkannt und so für die Zukunft processualisch sicher gestellt wird, wie denn auch sonst noch in vielen Stellen einer solchen richterlichen Cautions-Auflage erwähnt wird. Man erkannte es als enthalten in dem „quidquid N. N. dare facere oportet ex fide bona“, daß der Beklagte, wenn er zur Zeit auch noch nicht zu reeller Leistung verurtheilt werden konnte, doch nach Umständen den Kläger durch solche Cautio sicher stellen müsse, und so lag es in dem officium iudicis, ihn (ex iusta causa) dazu anzuhalten, indem er ihm sofortige Verurtheilung drohte, wenn er sich nicht dazu bereit finden ließ. So konnte auch der Prätor ex iusta causa die Formula gewähren, wenn gleich der Kläger von vornherein an den Tag legte, daß er eine materielle Leistung zur Zeit noch nicht begehren könne, und stellte sich dann die Klage, obwohl die Formula eben so lautete wie sonst, ihrem Zwecke nach als eine actio ad interponendam cautionem dar. Für uns nun fällt die Beschränkung auf bonae fidei actiones von selbst weg. „An die Stelle der sichernden Stipulation tritt aber bei uns die Anerkennung, welche dann wieder, als Gegenstand einer Klage gedacht, in dem Judicat selbst ein Surrogat findet“, d. h. es ist nicht nöthig, daß der Beklagte noch erst das Verlangte verspreche, oder zu solchem Versprechen angehalten oder, was nach heutigem Rechte sonst unbedenklich geschehen könnte, verurtheilt werde, so wenig wie es nöthig ist, den auf Bestellung einer Servitut belangten Eigenthümer zu deren ausdrücklicher Einräumung anzuhalten, indem die verweigerte Einräumung durch das richterliche Zuerkenntniß ersetzt wird. Das Princip der L. 41. cit., in unser heutiges Recht übertragen, bedeutet also: „es kann auch vor dem Verfalltage

der Leistung auf Anerkennung (Feststellung) des Rechtsverhältnisses ex iusta causa geklagt werden" (S. 283. fg.).

Klagen auf Feststellung des Nichtbestandes einer Obligation kommen im R. R. schon vor als Klagen auf Liberation (durch Acceptilation), wo die Obligatio ohnehin schon ope exceptionis unwirksam war, z. B. nach einem legatum liberationis, und diese erkennt auch die heutige Theorie und Praxis noch an; sie thut aber damit entweder zu viel oder zu wenig: zu viel, denn nach dem Charakter des heutigen Exceptionen-rechts ist überall kein Bedürfniß und kein Grund vorhanden, zur Beseitigung einer schon unwirksamen Obligatio eine Klage zuzulassen; oder zu wenig, denn bei uns kommt nur mehr die Unsicherheit in Betracht, welche aus der Zweifelhaftigkeit der Beweisführung und Rechtsanwendung hervorgeht, und zu deren Beseitigung sollte man denn jenes Klagrecht gewähren. Das letzte entspräche dem praktischen Bedürfnisse, jedoch auch hier nur unter Voraussetzung einer iusta causa, deren nähere Bestimmung verständigem Ermessen der Praxis überlassen werden muß.

Uebereinstimmend hiermit stellt das O.A.-Gericht zu Dresden den Satz auf: „Es kann auch vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf Anerkenntniß eines Rechtsverhältnisses angestellt werden, vorausgesetzt daß der Beklagte das künftige Recht des Klägers abgeläugnet hat". Jedoch soll hierbei noch ein Ermessen des Richters stattfinden, damit nicht Processe geführt werden, „welche wahrscheinlicher Weise vergeblich sind" (S. 285.).

So kommt nun der Verfasser zum Schluß seiner Abhandlung (§. 70.), am Ende bemerkend:

„Ist die dargestellte Lehre richtig: so möchte damit von neuem ein Beleg gegeben sein, wie das römische Recht auch in manchen bisher weniger beachteten Beziehungen für die heutigen Verhältnisse Bedeutung gewinnen kann; wie dasselbe jener Via Appia gleicht, die in ihren unerschütterlichen Fundamenten noch immer die Grundlage abzugeben im Stande ist, auf welchen das lebende Geschlecht sicher und bequem seine Wege wandeln mag, wenn nur der Schutt der Jahrhunderte hinweggeräumt wird".

Aber noch versucht es der Verfasser, in einem Anhange einen Schutt von Mißverständniß gründlich wegzuräumen, welcher sich, wie er glaubt, über eine im Vorhergehenden gelegentlich berührte Lehre, über die Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae, hingelagert hat; durch 18 §§. sucht er ihn zu bewältigen.

Wie getheilt die Meinungen über den bezeichneten Rechtsbehelf sind,

legt der Verfasser nach einem Gutachten des O.A.=Gerichts in Cassel dar. Allgemein aber wird angenommen, daß zufolge der exceptio n. n. p. gewisse Urkunden binnen bestimmter Frist „nichts beweisen". Diese Thesis ist es, die der Verfasser zu stürzen versucht. Er stellt sich statt aller andern Gneist als Gegner gegenüber, da dieser (in seiner bekannten Schrift über die formellen Contrakte) den Zusammenhang der genannten Einrede mit der Stipulation und deren Anfechtung erkannt und deren Bedeutung ausführlich aus den Quellen zu entwickeln versucht hat. Gneist nimmt zwei verschiedene Rechtsbehelfe unter jenem Namen an: den einen als wahre Exceptio (exc. doli) gegen die Verpflichtungskraft der Stipulation, an keine Zeitdauer gebunden; den andern (querela non numeratae pecuniae) als ein gegen die Beweiskraft gewisser Urkunden gerichtetes Beweisbeneficium, eingeführt durch eine Constitution von Caracalla (etwa 215 nach Chr.), anfangs auf ein Jahr, später auf fünf, zuletzt auf zwei Jahre beschränkt, ursprünglich nur beim Darlehn geltend, erst von Justinian auch auf Quittungen und (wahrscheinlich von ihm) auch auf Empfangscheine über eine Dos (jedoch mit anderer Zeitdauer) ausgedehnt. „Unbestritten und nach Lage der Quelle unbestreitbar" sei es, daß dadurch der Gläubiger genöthigt werde, die Zahlung anderweit zu beweisen, ohne sich auf das Empfangbekenntniß in der Urkunde berufen zu können. Diese auch von Andern schon angefochtene Doppelnatur der exc. n. n. p. wird zunächst (in §. III.) überzeugend widerlegt, sodann (in §. IV.) ebenso überzeugend nachgewiesen, daß ein solches Beweisbeneficium den Juristen unter und nach Caracalla noch nicht bekannt war. Dasselbe ist aber auch aus innern Gründen höchst unwahrscheinlich; noch ist es keinem gelungen, „einen auch nur annähernd plausibeln Grund aufzufinden zur Erklärung und Rechtfertigung einer Vorschrift, wodurch einem urkundlichen Empfangsbekenntniß die Glaubwürdigkeit entzogen wäre." Die Mannigfaltigkeit der Erklärungsversuche erinnert „an die vielfachen Mittel, welche gegen manche Krankheiten empfohlen werden — das sicherste Zeichen, daß keines hilft" (S. 301). Die Urkunde kann vor dem Empfang des Geldes ausgehändigt sein, aber auch nicht; ist es nun nicht natürlicher, einstweilen (vorbehaltlich des Gegenbeweises) das als wahr anzunehmen, was der Schuldner selbst gegen sich bezeugt, als gerade das Gegentheil? — Im ersten Fall allerdings kann der unvorsichtige Aussteller wegen mangelnder Gegenbeweismittel in die Lage kommen, Nichtempfangenes zurückzahlen zu müssen; im andern Fall kann der vorsichtigste Gläubiger, wegen Mangels anderer Beweismittel der wirklich geschehenen Zahlung, um sein Geld gebracht werden; seit wann

aber „ertheilen die Gesetze Beneficien zu Gunsten des Unvorsichtigen auf Kosten des Vorsichtigen"? — Der Beweis der Negative, non numeratam esse pecuniam, kann schwierig sein; „wo aber sonst nehmen die Gesetze die eigenthümliche Rücksicht, daß sie, um den einen Theil mit einem schwierigen Gegenbeweise zu verschonen, die Beweismittel des andern vernichten"? — Und vorzugsweise beim Gelddarlehn, welches am meisten der processualischen Sicherung bedarf, soll die Beweiskraft der Empfangsurkunde suspendirt sein? und das auf fünf Jahre — einen Zeitraum, auf den wohl die wenigsten Darlehn schon bei der Auszahlung mit Bestimmtheit berechnet sind"? und den der Aussteller durch zeitigen Protest verewigen könnte? der propter aliquas causas auch gesetzlich noch weiter sich erstreckte? Bis dahin war der Gläubiger nicht besser daran, als wenn er ohne Schein ausgeliehen. Sodann nach Ablauf der Zeit soll der Schein nicht etwa nur die bisher suspendirte Beweiskraft erlangen, sondern (nach einer freilich streitigen Meinung) nunmehr unbedingt beweisen, mit Ausschließung des Gegenbeweises. Also ein sehr singuläres Recht, von einem Extrem zum andern, von absoluter Beweislosigkeit zu absoluter Beweiskraft der Urkunde überspringend. „Und eine so ungesunde Lehre, welche fast alle neueren Gesetzgebungen als unbrauchbar beseitigt haben, wird einem Rechte zugetraut, das nicht aus theoretischer Grübelei, sondern unmittelbar aus dem Bedürfniß des Lebens seine Nahrung sog! Sie soll erfunden sein zu einer Zeit, deren juristische Kraft Ulpian und Paulus repräsentirten! Sie soll ausgebildet sein in einer Periode, die das römische Recht immer mehr zu einem Weltrecht umwandelte"! (S. 303.) Trotz allem dem auch nirgend eine Andeutung, daß die exceptio eine singuläre Schöpfung sei; vielmehr tritt sie im Codex als ein Institut auf, welches sich von selbst verstehe. Nirgendwo eine Andeutung von einer Gefährdung des Schuldners, einer Böswilligkeit des Gläubigers, welcher solche singuläre Hilfe entgegentreten solle; vielmehr spricht Justinian seine Mißbilligung aus gegen Schuldner, welche, die exceptio mißbrauchend, die Gläubiger gefährden; und doch sollte er zu Gunsten solcher die exc. n. n. p. gegen Quittungen und Dotalbescheinigungen erst eingeführt haben! Nach L. 10. Cod. h. t. trifft in Folge der Exception den Gegner die Beweislast aus dem Grunde, quia negantis naturali ratione probatio nulla est, welche Worte nach Gneist's Aeußerung „auf alles eher als auf eine Singularität deuten". Welches Recht aber betrachtet es als naturalis ratio, daß der Aussteller einer Urkunde durch Abläugnen des darin Bezeugten die Beweislast auf den Gegner übertrage? Erklärt es doch L. 13. eod. für „nimis indignum,

quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere“ (§. VI.). Aber alles dieses, so wird man sagen, vermag nichts gegen die positiven Aussprüche der Gesetze. L. 3. und L. 10. Cod. eod. sagen unzweifelhaft, durch die exceptio werde der Kläger genöthigt die Auszahlung des Geldes zu beweisen. Nach L. 14. ibid. und andern Stellen ist die exceptio gestattet gegen Urkunden, in denen der Empfang des Geldes bescheinigt ist. Also! —

Aber der Fehler liegt darin, daß man die Exception als Anfechtung eines Beweismittels, nicht eines Verpflichtungsaktes betrachtet. Dieser war ursprünglich die Stipulation, und zwar eine stipulatio credendi causa, auf nachfolgenden oder gleichzeitigen Austausch mit der Geldzahlung berechnet, „das zum abstractum erhobene Schuldversprechen nicht aus einer bestehenden, sondern aus einer entstehenden Schuld“, zu deren Anfechtung es hinreichte, die Auszahlung des Geldes zu läugnen. Ergab die über die Stipulation aufgenommene Urkunde mit Bestimmtheit die Rückbeziehung jener auf eine bestehende Schuld — und das war der Fall, wenn sie auf eine Realleistung als in bestimmter Vergangenheit liegend Bezug nahm — so befreite die Stipulation (vermöge der in ihr liegenden ächten Anerkennung) vom Beweise der Schuld. Bezeichnete die Urkunde die Realleistung, die ihre causa abgeben sollte, deutlich als noch bevorstehend, so war kein Zweifel, daß die Einrede der nicht erfolgten Zahlung den Kläger diese zu erweisen nöthigte. War aber dieselbe Realleistung einfach als geschehen erwähnt, so konnte man nach dem häufig vorkommenden Verfahren die Möglichkeit nicht außer Acht lassen, daß der Schuldschein anticipirt sei, und konnte daher den Aussteller nicht auf Anfechtung der Stipulation wegen irrthümlich unterstellter Schuld beschränken, mußte ihm vielmehr gestatten, den bescheinigten Empfang zu läugnen oder die Urkunde als eine in Erwartung der Geldzahlung ausgestellte, nicht eine ächte Anerkennung enthaltende zu qualificiren, und somit durch die exceptio wie im zweiten Falle dem Stipulator die Beweislast bezüglich der materiellen Begründung der Schuld zuzuwenden. Die natürliche Beweiskraft des in der Urkunde liegenden Empfangsbekenntnisses wurde aber dadurch nicht beseitigt; der Kläger konnte dieses zu seinem Beweise allerdings benutzen, lediglich als Beweismittel, das, wie immer, durch Gegenbeweis aufgewogen werden konnte. (§. VIII.)

Darin lag nun eine nicht geringe Gefährdung des Gläubigers, sei es, daß er die Urkunde wirklich zuvor empfangen, dann aber im Vertrauen darauf das Geld gezahlt hatte; sei es, daß in der Urkunde zwar baarer

Geldempfang bescheinigt, in der That aber, wie es häufig vorkommt, nach Uebereinkunft der Parteien in anderer Weise die Darlehensschuld materiell begründet war. Diese Gefahr wuchs mit der Länge der Zeit, während andererseits, wenn der Aussteller die Urkunde lange Zeit ohne Anfechtung in den Händen des Gläubigers ließ, die Wahrscheinlichkeit zunahm, daß er wenigstens nachträglich wegen der Valuta befriedigt sei; und jener verdiente jedenfalls keine Begünstigung, wenn er „durch langes Stillschweigen das Rechtsverhältniß trübe werden ließ". Diese Rücksichten führten zu dem Satze: „exceptionem n. n. p. post multum temporis opponi non posse", der durch kaiserliche Rescripte anerkannt und als Rechtsatz befestigt wurde, als solcher zuerst erwähnt in L. 8. Cod. h. t. von Alexander Severus, und schon bald mit Festsetzung des multum temporis auf ein quinquennium (wie L. 1. §. 13. D. de separat.), schwerlich jemals auf ein Jahr. Durch diese Befristung gewann die Exception eine Eigenthümlichkeit, wegen deren sie auch fortan regelmäßig nicht allgemein als doli exceptio, sondern speciell (in factum concipirt) als exceptio non numeratae pecuniae erscheint. Zugleich aber mußte nun dem Aussteller auch die Befugniß eingeräumt werden, durch Protestation (querela n. n. p.) die Verjährung der Einrede abzuwenden.

In Folge der Assimilation der Stipulationsurkunden und einfacher Schuldscheine aber wurden denn auch die letzten derselben Exceptio unterworfen, die auch hier gegen den in jenen liegenden Willensakt gerichtet war, neben welchem, nach Anerkennung seiner Verpflichtungskraft auch bei mangelnder Stipulation, die Empfangsbescheinigung in das Verhältniß eines Zeugnisses über die causa zurücktrat, das als solches einfachem Gegenbeweise unterlag, zu dessen Führung der Beklagte durch die exc. n. n. p. sich den Weg öffnete. Indem dieser Gegenbeweis nun nach Ablauf der Exceptionsfrist nicht mehr zugelassen wurde, lief die Anwendung der Exception auf einfache Schuldscheine praktisch auf den Satz hinaus, daß diese nach Ablauf der Frist aus dem Gesichtspunkt anticipirter Ausstellung nicht mehr angefochten werden können. Eben damit aber trat das Recht der Exception und der ihr zum Grunde liegende Gedanke einer formellen Verpflichtungskraft (einer Litteralobligation) klar zu Tage, wie ihn Justinian und Theophilus bestimmt aussprechen. Eine Spur dieser Ausdehnung der exceptio n. n. p. möchte man schon in einem Rescript Diocletian's (L. 5. Cod. si cert. pet.) finden, das aber interpolirt sein kann. Bestimmter tritt sie hervor in L. un. Theod. cod. si certum pet., und völlig entschieden in Justinian's Institutionen (3. 21. de litt. obl.).

Was die Rechtsgeschäfte betrifft, welche der Exception in ihrer ursprünglichen Bedeutung unterworfen waren (§. XI.), so mußte sie überall Raum finden, wo eine im Verhältniß zu ihrer materiellen Begründung anticipirte Stipulation nach den Regeln des Verkehrs gedacht werden kann. Aber die später angenommene Befristung scheint nur für die Fälle eingeführt zu sein, wo die Realleistung mit einer Eigenthumsübertragung (nicht bloß von Geld, pecunia im engern Sinn) verbunden war, also für die Fälle des creditum im engern Sinn, aber nicht bloß für das Darlehen. Bescheinigungen über liberatorische Zahlungen aber haben die nämliche zweideutige Natur wie Darlehensscheine; auch bei ihnen war anticipirte Ausstellung gleichfalls denkbar und konnte gleiche Folgen haben. Die Anwendung der exceptio n. n. p. aber auf den römischen formellen Quittungsakt, die Acceptilatio, war, so lange der Formularproceß bestand, eine processualische Unmöglichkeit; nur eine condictio ob causam non secutam war hier möglich. Die Befristung jedoch fand auf diese condictio wahrscheinlich gleiche Anwendung, und „mit Aufhebung des Formularprocesses beseitigten sich auch die processualischen Gründe, welche die Anfechtung der Acceptilatio auf eine selbständige Klage beschränkten", indem die Vorschützung der Acceptilatio selbst zu einer Einrede im heutigen Sinn sich gestaltete und deren Anfechtung nunmehr auch durch replica n. n. p. zugelassen werden mußte. Dann aber war der Uebergang von Acceptilationsscheinen zu einfachen Quittungen noch weit leichter gegeben, als der von Stipulationsurkunden zu einfachen Schuldscheinen, da auch jene schon die Empfangsbescheinigung, also die causa, formell in sich trugen; und so ist die Uebertragung der Exception auf Quittungen ohne Zweifel schon vor Justinian geschehen, nicht durch diesen erst eingeführt worden, was nach Justinian's Ausdrucksweise in L. 14 Cod. h. t. durchaus unwahrscheinlich ist. Alsdann aber mußte die Rechtsconsequenz dahin führen, auch die Anfechtung eines Empfangsbekenntnisses über eine Leistung aus gegenseitigem Contrakt, als eines anticipirten, für den Zweck der exc. non impleti contractus, „nur nach den Regeln der exc. n. n. p. zuzulassen, d. h. diese Anfechtung mit Ablauf des multum temporis auszuschließen" (S. 319.).

Justinian nun hatte (so fährt §. XII. fort) die verständige Tendenz, den Urkundenbeweis zu kräftigen, und diese bethätigte er auch in fraglicher Beziehung. Sogar sich dem Gedanken zuneigend, die Einrede gegen ein Empfangsbekenntniß ganz abzuschneiden, zog er es doch vor, dieselbe nur in gewissen Fällen auszuschließen (für Schuldscheine über ein

Depositum, für Quittungen über öffentliche Abgaben, und für Quittungen, welche nach Ausfertigung der Dotalinstrumente über den Empfang der Dos ausgestellt werden), in den übrigen aber erheblich abzukürzen (für Schuldscheine im Allgemeinen auf 2 Jahre, für Quittungen auf 30 Tage, für Empfangsbekenntnisse über die Dos im Dotalinstrumente auf 1 Jahr nach Auflösung der Ehe). In Ansehung der letzten Fälle bezeichnet er im Beginn der L. 14. Cod. h. t. seine Tendenz mit den Worten: „. . . non intra quinquennium . . . n. n. p. exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit . . ., sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso nullo modo querela n. n. p. introduci possit", und bezüglich der Quittungen in §. 2. „ut si triginta dies transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere", und ähnlich bezüglich der Dos in L. 3. Cod. de dote cauta, unter Angabe des Grundes: „quia dotes datas esse dotalibus instrumentis moris est, cum adhuc nulla datio, sed tantum pollicitatio subsecuta sit", was nicht heißt: „weil öfters vorkommt, daß die Dos im Dotalinstrument als gegeben bescheinigt wird, während sie erst versprochen ist, so soll die Empfangsbescheinigung nichts beweisen", sondern: „aus dem gedachten Grunde soll einfacher Gegenbeweis überhaupt zugelassen werden". Daß nach Ablauf der Frist der fragliche Einwand dem formell bindenden Willensakt gegenüber gar nicht mehr zur Erörterung gebracht werden soll, ist nach obigen Stellen unbestreitbar. Nur zufolge einer Auffassung, welche schon vorher „sich auf singulärem Boden zu bewegen vermeint und sich deßhalb nicht darin finden kann, . . . abermals auf eine Singularität zu stoßen", konnte man sich versucht finden, das hinwegzudemonstriren. Nur darf man nicht hiermit verwechseln die Anfechtung wegen irrthümlich unterstellter causa praecedens, welche von der Ausschließung der exceptio n. n. p. nicht berührt wird, wohin denn auch die Behauptung gehört, daß die in ein Darlehen umgewandelte frühere Schuld nicht bestanden habe".

„In seiner bekannten Breite" schließt Justinian auch noch, was sich eigentlich von selbst versteht, den Gegenbeweis durch Eideszuschiebung ausdrücklich aus, wahrscheinlich weil diese das häufigste und — „trügerischste Mittel abgab, um den Beweis des Klägers zu paralysiren". Der §. 3. der L. 14. cit., in sein Gegentheil umgewandelt, würde sagen: „in quibus permittitur exceptionem n. n. p. opponere, in his et iusiurandum offerre licet"; „von der Eideszuschiebung des Excipienten

während der Dauer der Exception könnte aber nicht die Rede sein, wenn das Empfangsbekenntniß nichts bewiese". (S. 223.)

Nach dieser Entwickelung ist die exceptio n. n. p. „keine singuläre Schöpfung, sondern ein organisches Rechtsgebilde"; das besondere dabei ist nur, „daß nach einer gewissen Zeit Gegenbeweis gegen das Empfangsbekenntniß, in der Richtung daß es anticipirt sei, nicht mehr stattfindet". So erscheint sie historisch vollständig erklärt, praktisch unanstößig, und, was Justinian daran geändert, nicht im Widerspruch mit dessen Worten und Tendenzen (§. XIII.).

Zum Schlusse betrachtet der Verfasser noch eine Reihe von Gesetzesstellen genauer (§. XIV.—XVIII., die Zählung der §§. geht im Buche selbst fälschlich bis XIX.), die wir einzeln anführen wollen. Als Argumente für die hier bestrittene gemeine Meinung hat man angeführt:

1) L. 9. Cod. h. t. (Dioclet. et Max.) Diese Stelle hat man zum Beleg benutzen wollen, daß die exc. n. n. p. nur sog. negative Litiscontestation sei: mit Unrecht; die Worte: „cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet" drücken nur den materiellen Grund für die Gestattung der (zu dem Abläugnen des dare oportere im Gegensatz stehenden) Exception gegen die formell bindende Stipulation aus.

2) L. 10. Cod. eod. (Dioclet. et Max.) Die Kaiser stellen hier, um „eine etwas rabulistische Deduction abzuweisen", der Zahlungseinrede die exc. n. n. p. ihrem reinen Princip nach gegenüber. Daß diese die Beweislast auf den Stipulanten überträgt, was eben ihre Befristung veranlaßt hat, entspricht der obigen Entwickelung; die Hinweisung auf die naturalis ratio, daß negantis nulla probatio est, ist nur durch sie erklärbar, mit der Idee eines Beweisbeneficiums unvereinbar. Auf die Bedeutung des Empfangsbekenntnisses für die Beweisführung geht das Rescript nicht ein.

3) L. 1. und L. 3. Cod. h. t. (von Severus und Antoninus.) Sie beweisen ebenfalls nicht mehr, als daß in Folge der Exceptio den Kläger die Beweislast treffe.

4) L. 1. Cod. de dote cauta. Die „scriptura" in dieser Stelle bedeutet eine im Dotalinstrument bezeugte Stipulation entweder zur Bestellung oder über Rückgabe der Dos; für das letzte spricht die Aufnahme in diesen Titel. Die Stelle sagt dann wiederum nur, daß bei der Klage auf Rückgabe die Hingabe bewiesen werden müsse, nicht daß zu diesem Beweis das Empfangsbekenntniß nicht benutzt werden dürfe.

5) Nov. 18. cap. 8. u. nov. 100. Die diesen Gesetzen zu Grunde

liegende Annahme, daß die Exception dem Kläger die Beweislast zuwende und dieser Beweis dem Gläubiger sehr lästig werden könne, ist richtig, auch wenn man dem Empfangsbekenntniß (über die Dos) einfache Beweiskraft zugesteht.

Alle diese Stellen stehen daher der obigen Entwickelung nicht entscheidend entgegen. Positiv für dieselben sprechen andererseits:

1) L. 1. Cod. de cond. ob turp. caus. und L. 2. Cod. h. t. (beide von Antoninus Caracalla), beide unzweifelhaft davon ausgehend, daß der Aussteller der Bescheinigung den Einwand: nullam (oder minorem) pecuniam se accepisse (gegenbeweislich) darzuthun habe, daher mit der herrschenden Ansicht schlechthin unvereinbar, so zwar, daß Gneist sie nur historisch, als der Zeit vor Einführung des Beweisbeneficiums angehörend, erklärt; wenn man sich dabei auch bezüglich der L. 1. cit. beruhigen möchte, so ist dieß doch nicht möglich in Ansehung der L. 2. cit., ohne „der Leichtfertigkeit der Compilatoren allzuviel zuzutrauen".

2) L. 14. Cod. de salut. (Dioclet.) Mit dem Ausspruch dieser Constitution, welche die Beweiskraft der Empfangsbekenntnisse sehr scharf betont, „ist eine Lehre, wornach Quittungen längere Zeit beweisunkräftig gewesen wären, völlig unvereinbar". Und wie hätte wohl

3) in L. 11. Cod. qui pot. Kaiser Leo die Kraft der Urkunden, und unter ihnen der Darlehensurkunden, so allgemein anerkennen mögen, wenn diese fünf Jahre lang nichts bewiesen hätten?

Indirect ferner sprechen gegen die bestrittene Wirksamkeit der exc. n. n. p.:

1) L. un. Theod. cod. si certum pet.; diese nöthigte den Inhaber eines Schuldscheins, nach dem Tode des Ausstellers binnen zwei Jahren die Urkunde zu produciren und Klage zu erheben, also möglicherweise innerhalb fünf Jahren nach deren Ausstellung; und dabei sollte das Gesetz, das die exc. n. n. p. und deren Befristung in §. 4. selbst erwähnt, von der Voraussetzung ausgegangen sein, daß der Schuldschein innerhalb fünf Jahren nichts beweise? „Läßt sich denn eine solche Verkehrtheit in einem Gesetze denken"?

2) L. 16. Cod. de fide instrum. (eine lex restituta). Darnach sollte der Aussteller der Urkunde durch Läugnen der Aechtheit die exc. n. n. p. zur Strafe verlieren: „eine handgreifliche Ungereimtheit", wenn vor Ablauf der Frist die Urkunde doch nichts bewies, und nachher die Exceptio ohnehin ausgeschlossen war.

3) L. 23. Cod. de plus petit. (Justinian); sie „setzt nothwendig eine Beweiskraft der cautio voraus".

4) L. 23. Cod. ad Sc. Vellei. — Hätte Justinian das „omnino esse credendum" aussprechen können, ohne Beschränkung, „wenn er eine zeitweise Unglaubwürdigkeit der Quittungen anerkannt oder gar eingeführt hätte"?

Als Gesetze, welche vorzugsweise von der causa praecedens sprechen, führt der Verfasser im §. XVII. (falsch XVIII.) an:

1) L. 5. Cod. h. t. (Alexander). Sie entscheidet, daß einer auf Grundlage einer bestehenden Schuld ausgestellten cautio creditae pecuniae die exc. n. n. p. nicht entgegenstehe, sondern nur ein Einwand aus dem Bestand jenes Schuldverhältnisses; jene könne nur stattfinden, wo Geld zurückgefordert werde, welches im Sinne der Schuldverschreibung wirklich hätte ausbezahlt werden sollen. Derselbe Gesichtspunkt liegt den Entscheidungen in L. 6. 11. Cod. h. t., L. 2. Cod. de dote cauta. und wohl auch der L. 4. Cod. de duob. reis. zum Grunde.

2) L. 4. Cod. h. t. Man hat daraus gefolgert, daß nicht nur eine Zins- oder Abschlagszahlung, sondern jede wiederholte Anerkennung der Schuld die exceptio ausschließe. Die Worte: „cum fidem cautionis agnoscens etc." sagen nur: „Da du die Ausstellung der Urkunde (also die formelle Obligation) anerkennst und zudem eine Zins- oder Abschlagszahlung geleistet hast, ist die exceptio n. n. p. nicht mehr zuläßig". Allerdings ist nun nicht zu bezweifeln, daß auch jede andere wirkliche Anerkennung der materiellen Schuld die Einrede ausschließe. Aber jene ist an sich nicht immer aus einer zweiten Empfangsbestätigung zu entnehmen, da auch diese anticipirt sein könnte. Jedoch muß man „bei dem dermaligen Stande dieser Lehre Bedenken tragen, jener Praxis entgegen zu treten, da die wiederholte Ausstellung eines Empfangsscheins jetzt fast das einzige Mittel bildet, wodurch sich der Gläubiger des Unfugs der exc. n. n. p. erwehren kann". (S. 333.)

3) L. 13. Cod. h. t. (Justinus). Diese verordnet (generaliter), daß wenn über eine Schuld ex antecedente causa, mit Angabe dieser causa, eine Schuldurkunde ausgestellt sei, der Aussteller nicht vom Stipulator den Beweis der causa verlangen könne, „cum suis confessionibus acquiescere debeat", jedoch Gegenbeweis vorbehalten. Daraus folgert man argumento a contrario, daß, wo keine ächte causa praecedens vorliege, also in den Fällen der exc. n. n. p., der Aussteller die Unwahrheit des angegebenen Verhältnisses **nicht** zu beweisen brauche. Aber dieses arg. a contrario ist unvereinbar mit dem Schlußsatze: „nimis enim iniquum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide

protestatus est, id in eundem casum infirmare etc.“, welcher auch auf diese Fälle paßt. Endlich

4) Nov. 136. bestimmt Cap. 6, daß eine vom Schuldner des Argentarius unterzeichnete Rechnung, welche die einzelnen Schuldposten genau angibt, nur nach den Grundsätzen der exc. n. n. p. innerhalb der Frist derselben angefochten werden könne, und legt dabei den Beweis dem Schuldner auf, mit Gestattung der Eideszuschiebung, die nach Ablauf der Frist auch wegfalle. Die gemeine Meinung findet darin ein Privileg der Argentarien, welches als Ausnahme die Regel bestätige. Allein Cap. 6. sagt am Ende: es sei dieses (*τοῦτο*) auch allgemein verordnet, und fährt fort: „wenn gleich auch dieses kaum nöthig gewesen wäre (*καίτοιγε οὐδὲ τοῦτο ἐχρῆν*), da niemand für so sorglos zu halten sei, daß er Nichtempfangenes als empfangen bescheinige“. Darnach kann so wenig das erste als das letzte *τοῦτο* bloß auf den nächstvorhergehenden Satz über die Ausschließung der Eideszuschiebung nach Ablauf der Frist, sondern muß auf den weiter vorhergehenden Satz über die Zulassung derselben während der Frist sich beziehen, wo schon einmal ein *τοῦτο* vorkommt. So gibt diese Stelle „ein direktes Zeugniß über den Sinn der allgemeinen Gesetze dahin, daß bei bescheinigter causa dem Excipienten der (Gegen=)Beweis obliegt. Das besondere Recht der Argentarien besteht nur darin, daß schon die einfache Unterschrift einer Rechnung hinreichen soll, „um die Wirkungen der Stipulation, d. h. die Anwendung der mit dieser correlaten exc. n. n. p. herbeizuführen“, die erst später durch Edicte von Justinian gegen Schuldverschreibungen zu Gunsten der Argentarien ganz ausgeschlossen wurde.

Damit schließt der Verfasser seine Ausführung, von der er hofft, daß sie, wenn nicht die herrschenden Ansichten erschüttern, doch zu deren erneuter Prüfung veranlassen werde. „Möchte man dabei doch immer einer historischen Kraft mißtrauen, welche nur seltsame und unbegreifliche Resultate aufzuweisen vermag“!

Wir haben nunmehr den Inhalt des Buches in getreuem Auszuge, wie wir meinen, dargelegt, und glauben schon dadurch manchem Leser dieser Zeitschrift, der nicht in der Lage ist, unter den hundertfältigen oft unmäßig umfangreichen Erscheinungen der juristischen Literatur das Werthvolle herauszufinden und das als solches Erkannte genau zu durcharbeiten, einen Dienst erwiesen zu haben. Wir haben uns dadurch zugleich den Weg bereitet, ein Urtheil über dessen Resultate zu fällen, und uns ausgewiesen, daß wir uns des Urtheils wenigstens nicht ohne sorgfältigen Aktenauszug unterfangen. Mit diesem Vorbehalt nehmen wir

einstweilen Abschied von dem Verfasser, nicht ohne ihm schon jetzt das schriftliche Anerkenntniß auszustellen, daß wir uns ob der belehrenden Anregung, die uns sein Buch gegeben, zu Dank verpflichtet fühlen.

Zur Beurtheilung des Buches, — worüber oben Bericht erstattet wurde, schreitend, müssen wir vorerst, was „die römischen Grundlagen" betrifft, rühmend anerkennen, daß der Verfasser, unter geschickter Verwendung der Forschungen Anderer, mit sicherem Takt seinen Gegenstand erfaßt und eine in sich wohl abgerundete Darstellung gegeben hat, die selbst, wo man ihr nicht beistimmen kann, etwas bestechendes hat. Auch die im Anhang weiter ausgeführte wesentlich neue Ansicht über die exceptio non numeratae pecuniae, auf welche die Vorrede S. V. mit einer gewissen Scheu hinweist, ist in einer Weise entwickelt und begründet, welche den Vorwurf des Haschens nach Neuem jedenfalls ausschließt, ja wohl gar die herrschende Lehre in der That zu erschüttern geeignet erscheint. Sie tritt dieser schnurstracks mit dem Satze entgegen, daß die exceptio die einfache Beweiskraft des Empfangbekenntnisses auch innerhalb der gesetzlichen Frist nicht ausschließe, während sie nach Ablauf dieser Frist überall nicht mehr zuläßig sei. Gneist (formelle Verträge S. 19.) bezeichnet es noch als „jetzt unbestritten und nach Lage der Quellen unbestreitbar", daß innerhalb der zweijährigen Frist der Gläubiger, ohne sich auf den Schuldschein berufen zu können, die Zahlung des Darlehens anderweitig beweisen müsse. Aber bei strenger Prüfung der dafür angeführten Belegstellen findet sich, daß sie diesen Satz keineswegs bestimmt aussprechen, und den indirekten Argumenten, die man daraus ziehen mag, gegenüber nehmen sich die Gegenargumente unseres Verfassers (vgl. oben S. 356. fg.) ganz stattlich aus. Die neuere Gesetzgebung, welche jenem Satze ohnehin abhold ist, mag sich in dieser Abneigung gern bestärkt sehen, durch die Nachweisung, daß er auch im R. R. nicht fest stehe. Der andere Theil der Thesis aber, daß nach Ablauf der Frist die Einrede gar nicht mehr zuläßig, selbstverständlich also Gegenbeweis gegen das Empfangbekenntniß ausgeschlossen sei, wird ohnehin wohl von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten theoretisch als richtig anerkannt, wenn gleich des Referenten Lehrbuch §. 281. noch der gegentheiligen Ansicht sich anschließt, und (nach Seuffert's Archiv) auch die neueste Praxis gegen die Anwendbarkeit dieses Satzes, selbst wenn sie ihn nach R. R. als richtig anerkennt, sich sträubt und schwerlich sich bequemen wird zuzugeben, daß selbst einem vom Empfänger der Schuldbescheinigung ausgestellten Revers über noch nicht erfolgte Zahlung, welcher den Sinn hat, daß jene bis zu der durch wirkliche Auszahlung zu bewirkenden

Auslösung des Reverses noch keine Kraft haben solle, nach Ablauf der Frist alle Bedeutung abzusprechen sei. Doch verliert auch dieser Satz an praktischer Bedenklichkeit, wenn man ihn mit Bähr und Gneist (S. 92.) strenge nur in der Richtung gelten läßt, daß die Anfechtung der Schuldurkunde aus dem Grunde anticipirter Ausstellung ausgeschlossen sei, nicht auch die Einwendung, daß das Darlehensgeschäft nur simulirt sei und nach der wahren Absicht der Parteien die Urkunde keine verbindliche Kraft haben sollte.

Uebrigens habe ich aber doch gegen die Ausführung des Verfassers im Einzelnen noch manche Bedenken, die zum Theil selbst den Kern seiner Entwickelung mehr oder weniger betreffen.

Der Verfasser hebt S. 16. fg. als eine Eigenthümlichkeit des obligatorischen Versprechens im allgemeinen die Abhängigkeit desselben von seinem Rechtsgrund hervor, und findet dann S. 20. eine charakteristische Eigenschaft der Stipulation darin, daß in ihr das einfache Versprechen mittelst Abstraction von dessen Rechtsgrund zu einer selbständigen Obligatio erhoben wird. Dieser Satz und Gegensatz kann nur bedingt zugestanden werden. Allerdings: „bei Eingehung eines Darlehensvertrages verspreche ich die Rückzahlung des Geldes nur in so ferne, als dieses Geld in mein Eigenthum übertragen wird“. Das liegt in der Natur der Sache; mein Verpflichtungswille geht hier nur darauf, Empfangenes zurückzugeben und davon kann ohne Empfang nicht die Rede sein. Es ist auch richtig: „wenn ich einen Kaufvertrag abschließe, so verspreche ich den Kaufpreis nur in sofern, als der andere sich mir zur Leistung der Waare verbindlich macht“ oder doch verbindlich machen will. Auch dieß liegt in dem Inhalt meines Verpflichtungswillens: ich verspreche eben einen Kaufpreis, und dieß setzt ein Verkaufenwollen von der andern Seite voraus; das eine Versprechen steht zu dem anderen in nothwendiger Wechselbeziehung, und kann daher jenes nicht bestehen, wenn der andere nicht verkaufen, sondern nur leihen will. Aber bedenklich ist schon der Satz, daß wenn nicht das eine, auch das andere Versprechen nicht giltig sei. Zwar wird dieß in Ansehung des sogenannten negotium claudicans von vielen behauptet. Bekanntlich aber ist dieß sehr streitig, und daher wenigstens zur Begründung der obigen Thesis von sehr zweifelhafter Brauchbarkeit (vgl. meine Pand. 2. Aufl. §. 234. Anm. 3.) Und wenn der Verfasser S. 19. weiter sagt, das einfache Versprechen könne in jenen Fällen dann auch nur in Verbindung mit seinem Rechtsgrunde zur processualischen Geltung gebracht werden; um daraus klagen zu können, sei die Darlegung des Contracts erforderlich,

dem es angehört, und dafür sich auf die Function der Demonstratio im römischen Formularproceß beruft, so ist dieß jedenfalls unrichtig. Wenn es wahr ist, was die meisten mit Keller annehmen, daß in der formula de certa pecunia und de omni certa re eine Demonstratio nicht vorkam, so standen sich darin die Klage aus dem Darlehen und der Stipulation vollkommen gleich; und ganz unzweifelhaft ist es, daß die Formula der Klage aus einer stipulatio incerta ebensowohl, wie die Klage aus dem Kaufcontract, eine Demonstratio enthielt. Darin war also zwischen dem Formalcontract und den sogenannten materiellen Contracten kein Unterschied. Aber wenn auch bei den obengenannten beiden Contracten die Sache sich so verhält, ist denn damit bewiesen, daß dieß die allgemeine Natur des obligatorischen Versprechens sei? Wenn ich einen Auftrag übernehme, so verspreche ich das Geschäft mit Sorgfalt zu verrichten, und verpflichte mich, für den Nachtheil mangelhafter Ausführung einzustehen; wenn ich jemanden auffordere, seinem Schuldner auf meine Gefahr Stundung zu gewähren, so verspreche ich, eventuell statt des letzteren Zahlung zu leisten; wo liegt nun hier außer meinem Verpflichtungswillen die Causa, von welcher jenes wesentlich abhängig ist? Welcher Unterschied besteht in dieser Beziehung zwischen diesen Fällen und dem Falle, wenn ich ganz dasselbe in Form der Stipulation versprochen habe? Ebenso, wenn ich (nach heutigem Recht durch ein sogenanntes pactum de mutuo dando) mir ein Darlehen etwa auf zwei Jahre verzinslich zu 4% versprechen lasse: es entsteht daraus, wie nach R. R. aus der Stipulation gleichen Inhalts, eine Verbindlichkeit, für welche eine andere Causa, als eben der Wille ein Darlehen zu gewähren, nicht zu erfordern ist, wenn auch keine Gegenverbindlichkeit, das Darlehen nun wirklich zu jenem Zinsfuß anzunehmen, dadurch begründet wird.

Sodann: der Verfasser macht selbst darauf aufmerksam, daß auch die Eingehung einer Verbindlichkeit, welche in synallagmatischer Beziehung zu einer Gegenverbindlichkeit ihre nächste Grundlage finde, gleichwohl noch zu einer außer dem Vertragsverhältniß liegenden Causa in Beziehung stehen könne. Ich kann z. B. verkaufen, weil ich glaube, dieß sei mir durch eine letztwillige Verfügung auferlegt oder ich sei durch ein pactum de retrovendendo dazu verpflichtet, oder es kann geschehen um eine Bedingung meiner Erbeinsetzung zu erfüllen; ich kann auch verkaufen ob causam futuram, wofür in meinen Pandekten §. 249. Anm. a. E. ein Beispiel angeführt ist. Auf der andern Seite kann die Stipulation, wie Verfasser S. 123. bemerkt, ihre Causa ganz in sich aufnehmen, etwa in Form einer Bedingung (z. B. „si Stichum

manumisero, centum dare spondes? spondeo"), oder durch Bezugnahme auf den Inhalt einer schon bestehenden Verpflichtung (z. B. „quod ex testamento Sempronii mihi debes, dare spondes? spondeo); auch bezüglich einer causa futura ist das möglich (z. B. „centum sub ea lege, ut Stichum servum manumittam, dare spondes? spondeo"). Hier braucht man nach einem Bestimmungsgrund des Versprechens außer dem Inhalt des Vertrages nicht zu suchen, obwohl auch in Fällen dieser Art, wie beim Kaufcontract, immer noch eine solche außerhalb des Vertrags liegende Causa vorhanden sein kann. Es geht aber hieraus hervor, daß der bezeichnete Gegensatz zwischen der Stipulation und den materiellen Contracten nicht auf einer wesentlichen Verschiedenheit beruht. Bei beiden kann das Motiv des Versprechens außerhalb des Vertrages liegen; bei beiden kann es in diesem vollkommen ausgesprochen vorliegen. Der Unterschied reducirt sich darauf, daß man bei gegenseitigen Verträgen, desgleichen bei Realcontracten, insofern sie eine Verpflichtung zum Zurückgeben erzeugen, überall nicht nöthig hat, für das darin enthaltene Versprechen des einen oder andern Contrahenten einen außer dem Vertrage liegenden Bestimmungsgrund zu suchen oder vorauszusetzen, da die anderseitige Leistung oder Verpflichtung für sich schon genügende Antwort auf die Frage darnach ertheilt, während die Stipulation als ein einseitiger Formalcontract davon ganz abstrahiren kann. Das wesentlich Entscheidende ist aber überall die Richtung und der Inhalt des Verpflichtungswillens, für dessen Erklärung nur das R. R. regelmäßig eine bestimmte Form erfordert, zum sichern Zeichen, daß es Wille gewesen sei, sich zwangsrechtlich zu verpflichten und der Klage auf Erfüllung sich zu unterwerfen. Welche Ansicht immerhin man über die naturrechtliche Bedeutung des einseitigen Versprechens haben möge: das ist entschieden, daß der erklärte und angenommene Verpflichtungswille nach R. R. in Form der Stipulation, nach heutigem Recht auch formlos erklärt, an sich Kraft hat, eine klagbare Obligatio zu begründen. Daß ihm subjektiv irgend ein Motiv, das zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmen mag, und zwar wenn kein anderes, die Absicht zu schenken, zum Grunde liegen müsse, versteht sich von selbst, aber zur Substanz des obligatorischen Versprechens im allgemeinen gehört eine bestimmte Causa nicht in anderem Sinne, wie zu der Uebertragung des Eigenthums oder der Zuwendung eines andern Vermögensvortheils; — es kann nur aus gleichen Rücksichten, wie diese, wegen Mangels der zu Grund liegenden Causa einer Anfechtung unterworfen sein.

Was der Verfasser S. 31. fg. über das Verhältniß der Stipulation

zu ihrer Causa, über den Gegensatz von stipulatio ob causam und stipulatio debiti, novirende und accessorische Stipulation, sodann S. 59. fg. über den Einfluß der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation, insbesondere über die Beweislast bei der Anfechtung eines datum oder promissum wegen Mangels der causa ausführt, ist im Ganzen treffend. Bedenklich jedoch ist der Satz S. 45, 46, daß die stipulatio novandi causa wirksam sei, auch wenn bisher eine Schuld gar nicht bestand. Wurde stipulirt: quae mihi debes z. B. ex emtione venditione, so verstand sich's von selbst, daß, wenn nichts geschuldet, auch nichts stipulirt war. Lautete die Stipulation auf centum, quae mihi ex emtione venditione debes, so hätte man allenfalls sagen können, der letzte Zusatz schade nichts, als falsa demonstratio, wie beim debitum legatum mit bestimmtem Gegenstande; aber es ist sehr gewagt, dort dieselbe Auslegung anzuwenden wie hier. Ausdrücklich wird gesagt, die Novation einer bedingten Schuld sei nur wirksam, wenn die Bedingung erfüllt werde. Es ist unzulässig, dieß durch stillschweigende Uebertragung der Bedingung auf die neue Obligation zu erklären. Man denke sich ein Beispiel: centum, quae mihi ex emtione venditione (sc. sub conditione „*si Titius consul factus fuerit*“ facta) debes, dare spondes? Nur, weil hier bei dem dare spondes noch einmal stillschweigend hinzugedacht wird „*si Titius consul factus fuerit*“, soll die Erfüllung der Bedingung gefordert werden? Und diese Bedingung stillschweigend übertragen, heißt das nicht anerkennen, daß die Parteien nur über wirklich geschuldete Hundert stipuliren wollten? Aus welchem Grunde wäre man denn berechtigt, das einfache „centum quae mihi debes“ anders auszulegen? Dennoch müssen wir zugeben und behaupten, daß eine wirksame Stipulation, sowohl mit als ohne animus novandi, auch ohne Dasein einer Schuld möglich war; dann nämlich, wenn absichtlich die Bezugnahme auf das Schuldigsein (der Zusatz: „quae mihi debes“) in der Stipulation vermieden wurde; denn lag darin eine sichernde Anerkennung, deren Wirkung von dem wirklichen Dasein der Schuld nicht abhängig war.

Zu gewichtigern Einwendungen gibt ein anderer Punkt, der gerade den Hauptgegenstand der Abhandlung am nächsten berührt, Anlaß; ich meine die Ausführung (§. 20.) über die Natur der der condictio indebiti gegenüberstehenden Anerkennung. Von der Ansicht ausgehend, daß zur Begründung der condictio indebiti entschuldbarer Irrthum vorausgesetzt werde, findet der Verfasser in der Zahlung der Schuld eine Anerkennung derselben, welcher der Charakter eines formell bindenden Willensakts

zukomme. Es versteht sich von selbst, daß in den Augen derjenigen, welche jenes Erforderniß der condictio indebiti in Abrede stellen, die Deduction des Verfassers kraftlos ist. Aber auch wer in jenem Punkte mit dem Verfasser den „bedeutendsten Rechtslehrern" beistimmt, möchte doch in dessen Ausführung eine verwundbare Ferse finden. Der Verfasser sagt S. 72: der Zahlende werde rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld für sich bestehen lassen wolle (vgl. oben S. 323). Darin liegt eigentlich das Geständniß, daß dem nicht wirklich oder doch nicht wesentlich so ist, daß die Zahlung nicht nothwendig eine Anerkennung der Schuld als gewollte, als verpflichtenden Willensakt in sich schließt. Allerdings: ich kann zahlend die Schuld anerkennen wollen, und dieser Wille kann auch, wenn kein Form-Mangel im Wege steht, verpflichtend wirken. Aber ich kann auch bloß in der Meinung oder Voraussetzung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit zahlen. Hier ist diese Meinung, als irrthümliche Erkenntniß, nur das Motiv des Willens, der sich in der Leistung bethätigt; die Anerkennung hat an sich keinen andern Charakter als die Anerkennung des Vorhandenseins der Causa in den Fällen einer datio ob causam (vgl. oben S. 322.); sie ist so zu sagen nur eine theoretische Anerkennung; gewollt ist nur die Leistung zum Zwecke der Erfüllung der (theoretisch anerkannten) Schuldverbindlichkeit. Ein Anerkennen-Wollen könnte man am ersten in der Zahlung finden, die im Zweifel über die Schuld geschieht; aber auch diese wird in L. 11. Cod. de cond. indeb. noch wohl unterschieden von der Leistung, die mit verpflichtendem Anerkennungswillen, mit Verzichtleistung auf Bestreitung der Schuld, geschieht. Der Verfasser sagt ferner: nur der rechtliche Wille könne einer Entschuldigung mittels Irrthums bedürftig erscheinen, und folgert daraus, daß das eigenthümliche Element, das bei dem datum solvendi causa obwalte, in Unterscheidung von dem datum ob causam, eben ein Willensakt sein müsse, welcher nicht in der beiden gemeinschaftlichen datio an sich, sondern nur in der mit dieser verbundenen Anerkennung der Verbindlichkeit bestehen könne. Aber jener Vordersatz ist falsch. Einer Entschuldigung bedarf unmittelbar nur der Irrthum selbst, die mangelhafte Erkenntniß, wie denn auch der Verfasser immer von entschuldbarem Irrthum spricht. Nicht ein Willensakt, insbesondere nicht ein auf Anerkennung der Verbindlichkeit gerichteter Willensakt ist es, der entschuldigt werden soll; nur der Erkenntniß-Mangel, welcher den Willensakt der Leistung veranlaßt hat, soll entschuldigt, und wegen der Entschuldbarkeit des ersten kann der letzte oder vielmehr dessen Erfolg angefochten werden. Irrthum im Willen gibt es eigentlich nicht, und wenn die Anerkennung

als Willensakt aufgefaßt entschuldigt oder vielmehr angefochten wird „mittelst Irrthums", so kann dieß wieder nur durch Entschuldigung des Irrthums in der jenem zu Grunde liegenden Anerkennung als bloß theoretischer (in dem oben angenommenen Sinn) geschehen, und so kommt man also doch wieder auf diese zurück. Wo irgend eine durch Irrthum veranlaßte Handlung wegen des Irrthums angefochten wird, ist das Verhältniß immer dasselbe. Sollte die Anerkennung der Schuld als Willensakt durch condictio indebiti angefochten werden, so müßte man einen entschuldbaren Irrthum voraussetzen, nicht über das Dasein der anerkannten, d. h. als daseiend gewollten, sondern über das Dasein irgend einer anderen Schuldverbindlichkeit, durch deren irrthümliche Annahme die Anerkennung jener veranlaßt worden. So würde man nach des Verfassers Theorie consequent dahin kommen, die condictio indebiti ganz auszuschließen. Denn wenn jede Zahlung eine Anerkennung als Willensakt in sich schließt, so kann sie nicht wegen Mangels der Verbindlichkeit angefochten werden, weil die als daseiend gewollte als wirklich daseiende wirken müßte wie z. B. nach L. 11. Cod. cit., wenn Vergleichs halber die Schuld anerkannt ist. Man könnte wohl noch nach dem Motiv dieses Anerkennungswillens fragen; wollte man aber dieses nur in der irrthümlichen Voraussetzung der fraglichen Schuld finden und deßhalb die Anfechtung jenes Willens und somit folgeweise der Zahlung begründet halten, so würde sich die in Mitte liegende Fiction oder Präsumtion des Anerkennungswillens als eine völlig nutzlose und überflüssige Operation darstellen. Auch L. 2. D. de cond. indeb., worauf sich der Verfasser beruft, beweist nichts für dessen Theorie; das daselbst erwähnte negotium contractum besteht darin, daß sich der Zahlende die Rückforderung für jeden Fall vorbehält, wenn sich die Nichtexistenz der Schuld später ergeben sollte, also sich gegen jedes Präjudiz aus der Zahlung von vornhinein verwahrt und der Nothwendigkeit der Nachweisung und Entschuldigung eines Irrthums sich überhebt.

Dem Verfasser ist demnach nur zuzugeben — nicht, daß in der Zahlung stets eine Anerkennung der Schuld als Willensakt liege oder doch als darin liegend angenommen werde, sondern — daß eine solche darin enthalten oder vielmehr damit verbunden sein könne. Wo dieß der Fall ist, da trifft dasjenige zu, was der Verfasser von ihr im Gegensatz der Anerkennung als bloßen Beweismoments sagt. Es kann dieß aber in ähnlicher Weise auch bei einer datio ob causam vorkommen: z. B. wenn jemand etwas conditionis implendae causa gibt, unter Anerkennung, daß ihm wirklich diese Bedingung, über deren Anordnung

oder Zulässigkeit oder Auslegung etwa vorher Streit war, vom Testator auferlegt sei.

Ist das Gesagte richtig in Ansehung der datio solvendi causa, so muß es eben so auch in Ansehung der promissio debiti gelten. Auch in dieser kann nicht eine vom Verfasser sogenannte ächte Anerkennung als verpflichtender Willensakt erkannt werden; ja es zeigt sich hier noch einleuchtender die Unhaltbarkeit jener Theorie. Wäre sie richtig, so müßte man im Falle einer nicht novirenden, sondern bloß accessorischen stipulatio debiti behaupten, daß der Promittent nunmehr nicht bloß aus dieser, sondern zufolge derselben ohneweiters auch aus der ursprünglichen Obligatio (sofern sie klagbar) belangt werden könnte, als welche in verpflichtender Weise anerkannt sei. Nach heutigem Recht, nach welchem ein wirklicher Anerkennungsvertrag als solcher ohne besondere Form auch sofort klagbar wäre, könnte der Stipulant auf Grund jener in der stipulatio debiti enthaltenen ächten Anerkennung auch ohne Widerrede die Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit, selbst wenn diese an sich nicht klagbar war, fordern. Wenn also z. B. jemand anstatt der Lieferung einer verkauften Sache ohne Novation eine Summe Geldes versprochen hätte, so könnte der Gegner darauf hin nun auch Erfüllung der Verkaufsverbindlichkeit verlangen, ohne erst das Fundament dieser Klage, den Kaufvertrag, beweisen zu müssen. Das wird aber auch der Verfasser gewiß nicht behaupten wollen. Vielmehr stellt sich das Verhältniß folgendermaßen dar: Wird die Klage aus dem Kaufe angestellt, so muß der Kläger wie immer den Kauf beweisen; zu diesem Zweck kann er sich nun darauf berufen, daß der Beklagte die Contractsverbindlichkeit in jener stipulatio debiti selbst anerkannt habe; aber hier ist es dann auch sofort klar, daß er diese Anerkennung eben nur als Beweismoment benütze, nicht anders, als wenn er ein ob causam promissum einklagt, unter Berufung darauf, daß der Promittent das Vorhandensein der causa selbst anerkannt habe.

Indessen das ist so richtig als wichtig, daß wie in der datio solvendi causa eine Eigenthumsübertragung, so in der promissio debiti ein verpflichtender Willensakt liegt, das Versprechen, das jetzt Versprochene zu leisten, nicht bloß w e n n, sondern w e i l die Schuld bestehe; das Dasein der letzten steht zu jenem im Verhältniß der Causa, nicht der Bedingung. Und richtig ist auch, daß die Wirksamkeit jenes Willensacts bloß wegen Nicht-Existenz der Schuld nicht anzufechten steht, daß dazu regelmäßig Irrthum des Zahlenden, und zwar, wie wir mit dem Verfasser annehmen, entschuldbarer Irrthum vorausgesetzt wird, wofür

dieser (vgl. oben S. 323.) recht gute Gründe anführt. Daher wird denn auch die Ausführung des Verfassers in ihren Resultaten durch obige Entgegnung nicht wesentlich alterirt. Ungeachtet dieser können wir doch unterschreiben, was der Verfasser §. 28. (vgl. oben S. 11.) über die Bedeutung der Stipulation für Sicherung der Obligationsverhältnisse sagt: der Gläubiger gewann dadurch als Grundlage seines Forderungsrechts ein neues Rechtsgeschäft, welches über die Verpflichtung des Promittenten keinen Zweifel ließ, und für dessen Aufrechthaltung schon die subjektive Beziehung auf eine vorhandene Schuld so lange genügte, als diese nicht wegen dolus oder entschuldbaren Irrthums anzufechten stand. Auch die Vergleichung mit dem Vermächtniß einer Schuld können wir zulassen (S. 103). Nur gegen die Ansicht, daß die der datio oder promissio solvendi causa zu Grunde liegende Anerkennung der Verbindlichkeit an sich schon den Charakter eines verpflichtenden Willensakts an sich trage, und gegen Consequenzen, die aus dieser Ansicht abgeleitet werden, müssen wir uns erklären. So kann ich namentlich den Satz (S. 77.), daß den Beweis der Nichtschuld bei der condictio indebiti jeder führen müsse, der überhaupt willensfähig ist, ohne Rücksicht darauf, ob seine Persönlichkeit die Existenz der durch Zahlung anerkannten Schuld besonders glaubhaft mache oder nicht, nicht schlechthin unterschreiben, in so fern er eben aus der Natur der Anerkennung als Willensakt abgeleitet werden soll. Wenn die der Zahlung zum Grunde liegende Anerkennung (in der Regel) zunächst nur als unrichtiges Erkennen aufzufassen, und die Anfechtbarkeit des dadurch veranlaßten Willensaktes der Zahlung nur der Billigkeit wegen unter Voraussetzung entschuldbaren Irrthums anerkannt ist, so ist es nicht so gar unvernünftig, dabei auf die Persönlichkeit des Zahlenden Rücksicht zu nehmen, in so fern diese den Irrthum leichter vermuthen und als entschuldbar erscheinen läßt. Daher ist auch die Zusammenstellung der Pupillen mit andern in Ansehung des Irrthums privilegirten Personen (in L. 25. D. de probat.) nicht so unsinnig, wie es der Verfasser darstellt. Zwar darin stehen diese jenem nicht gleich, daß sie die Zahlung schon als solche, ohne nur einmal die Nichtexistenz der Schuld zu behaupten, anfechten könnten, weil ihnen die zu diesem Akt erforderliche Willensfähigkeit nicht, wie jenem, fehlt. Aber auch der Pupill kann ja das Gezahlte eben als indebitum zurückfordern, und das wird praktisch meistens der Fall sein, wo es sich nicht etwa um eine bloß klaglose Schuld handelt. Dann aber sind ihm jene Personen insofern verwandt, als man auch bei ihnen der irrthümlichen Zahlung einer Nichtschuld eher sich versehen kann und

den Irrthum überhaupt, insbesondere den Rechtsirrthum, in solchem Fall leichter entschuldigt finden mag. Ihnen die Rückforderung zu versagen, wenn sich ergibt, daß sie wissentlich gezahlt haben, dazu ist man ungeachtet des Schlußsatzes der L. 25. §. 1. D. l. c. wohl berechtigt; man darf füglich annehmen, daß dieser nur den nächstliegenden und gewöhnlichen Fall im Auge habe, und der wird sein, daß das Wissen von der Nichtschuld meistens nicht sicher zu erweisen ist, es sei denn durch Eidesantrag, welche der römische Urtheiler in iudicio über diese einzelne Thatfrage zuzulassen billig Bedenken tragen mochte. Der Unterschied wirklich verpflichtender Anerkennung von unserm Fall aber tritt deutlich hervor, wenn man den Fall setzt, daß z. B. eine Frau mit voller Kenntniß der Sachlage aus einem bestimmten andern Grunde, etwa vergleichshalber, gezahlt habe; darin würde allerdings eine Anerkennung als Willensakt liegen, welche die Rückforderung, selbst wenn sie ihren Irrthum über daß Dasein der Verbindlichkeit nachwiese, ohne Zweifel ausschließen würde. Uebrigens wird freilich diese L. 25. mit ihren näheren Bestimmungen immer ein Stein des Anstoßes bleiben, und ist wohl nicht zu läugnen, daß die Hand der Compilatoren in dieselbe hineingepfuscht hat; aber die Beurtheilung ihres Inhalts stellt sich im Ganzen anders, wenn man den Gesichtspunkt, von welchem deren Verfasser offenbar ausgehen, nämlich den der größern oder geringern faktischen Wahrscheinlichkeit des Irrthums, auf den sich der Kläger beruft, nicht ohneweiters als ungehörigen bei Seite setzt.

Aus dem Cap. 4. (vgl. oben S. 326. fg.) will ich nur eine Bemerkung hervorheben. S. 117. sagt der Verfasser: „Nach R. R. konnte der Vergleich, soweit er sich nicht auf einen Nachlaß beschränkte, durch nuda conventio zu keiner Wirksamkeit gelangen; vielmehr war nur die Erfüllung durch reelle Leistung oder durch Eingehung einer Formalobligation bindend“. Es erhellt nicht, was der Verfasser unter reeller Leistung sich vorstellt. Richtig ist aber dieser Satz nur, wenn unter der reellen Leistung auch das bloße Aufgeben der Verfolgung eines Rechtsanspruchs (das discedere a lite) mitbegriffen wird. Der Kläger, welcher gegen Zusage einer anderweitigen Leistung von der jetzt intendirten Verfolgung abstand, konnte die Erfüllung jener Leistung allerdings durch praescriptis verbis actio erwirken (L. 6. 33. Cod. de transact. 2. 4). Consequent aber müßte man darnach auch dann eine Klage geben, wenn der Beklagte eben dasjenige, was der Kläger für sich in Anspruch nahm, später zu leisten sich anheischig machte gegen die Bewilligung eines Aufschubs der Forderung und deren gerichtlichen Geltend-

machung. Darin liegt eine verpflichtende Anerkennung der Forderung: „wenn du mich nur jetzt in Ruhe lässest, so verspreche ich künftig die Forderung ohne Bestreitung gelten zu lassen".

Von größerer Bedeutung für den Hauptgegenstand des Buches sind Cap. 5. und 6., vom Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde und von der Anfechtung der Schuldurkunde. Auch dieser Ausführung ist das Lob scharfsinniger praktisch-historischer Ausführung nicht zu versagen. Gleichwohl habe ich gegen deren Resultate einiges einzuwenden. Nicht zu läugnen ist, daß in der Ausstellung einer Vertragsurkunde sich der Verpflichtungswille selbst bethätigen kann. Wird ein Kaufbrief von beiden Theilen unterzeichnet, so liegt eben darin der Vertragsabschluß, wenn nicht schon vorher der Kaufvertrag bindend abgeschlossen war; wird ein Versprechen schriftlich gegeben, das der andere annimmt, so ist eben damit die Verbindlichkeit contrahirt, wofern nicht das Recht noch sonst eine Form erfordert. Die Urkunde ist zwar, genau gesprochen, nicht der Vertrag selbst; aber die Ausfertigung, beziehungsweise Zustellung derselben ist das Mittel der Willenserklärung, die Erscheinungsweise des Verpflichtungswillens, wie beim mündlichen Vertrage die gesprochenen Worte. Sie ist und bleibt jedoch zugleich das nächste und sicherste Beweismittel für das Dasein des Verpflichtungswillens, während das flüchtige Wort als etwas Geschehenes, das keine wahrnehmbare Spur des Geschehenseins zurückläßt, erst durch andere Beweismittel hergestellt werden muß. Wenn nun aber die Schuldurkunde als wesentliche Voraussetzung des Verpflichtungswillens etwas Geschehenes, das sich als solches ebenfalls der bleibenden Wahrnehmung entzieht, in Bezug nimmt, so stellt sie sich in dieser Beziehung lediglich als ein Beweismittel dar, und nimmt somit auch bezüglich der Existenz des durch jenes bedingten Verpflichtungswillens schlechthin den Charakter eines Beweismittels an. So verhält es sich beim Darlehens-Schuldschein. Wer solchen ausstellt, hat nicht den Willen, und kann nicht so angesehen werden, als habe er den Willen, sich schlechthin durch die Urkunde, abgesehen von dem Darlehensempfang, zu verpflichten. Er verspricht im Schuldschein (explicite oder implicite) nur das Zurückgeben, das durch ein vorgängiges Empfangen bedingt ist; für diesen Empfang aber und somit für die wirkliche Entstehung der Darlehensverbindlichkeit ist der Schuldschein nichts anderes als ein Beweismittel. Es wäre gegen die Natur der Sache, wenn man sagen wollte: durch die Ausstellung des Schuldscheins werde der Aussteller (abstract oder formal) verpflichtet, die (ob auch nicht empfangene) Darlehenssumme zurückzuzahlen; weil aber die Verpflichtung nur ob

causam, d. i. des Darlehens wegen, eingegangen, so könne sie wegen Mangels dieser Causa angefochten werden. Vielmehr, wenn gegen den Inhalt der Schuldurkunde die Nichtzahlung des Darlehens behauptet und bewiesen wird, so ist dieß nichts als Gegenbeweis: nicht anders, als wenn die Schuldurkunde eine aus welchem Grunde immer geschehene Stipulation bezeugt, dagegen aber der im Justinianischen Recht zwar sehr erschwerte, aber doch immer noch mögliche Beweis geführt wird, daß die Stipulation nicht wirklich stattgefunden habe.

Der Verfasser verräth selbst ein gewisses Mißtrauen in die Richtigkeit seiner Theorie. Er läßt es (S. 139.) dahin gestellt sein, ob die Anfechtung der Urkunde wegen Nichtzahlung mittels der condictio indebiti oder der condictio ob causam zu geschehen habe, und überläßt es jedem, „ob er von einem wirklichen oder von einem Quasi- oder Pseudo-Litteralcontract des neuern Rechts reden will“ (oben S. 330). Ein Pseudo-Litteralcontract aber ist eben **kein** Litteralcontract; wer in der Urkunde einen wirklichen an sich verpflichtenden Vertragswillen erkennt, der kann die Möglichkeit der Wahl zwischen beiden sich widerstreitenden Begriffen und Benennungen nicht zugeben. Und da die Urkunde das Darlehen als empfangen, die Darlehensverbindlichkeit als schon entstanden bescheinigt, so könnte, wenn eben in dieser Bescheinigung der Verpflichtungswille, in der Nichtexistenz des Darlehens aber bloß der Grund der Anfechtung gefunden wird, kein Zweifel darüber sein, daß diese nur durch condictio indebiti zu geschehen habe. Eine andere condictio (sine causa oder causa data causa non secuta) könnte nur etwa Platz greifen, wenn z. B. eine bisher streitige Darlehensverbindlichkeit ob causam futuram oder implendae conditionis causa als wirklich begründet anerkannt, und in dieser Absicht darüber ein neuer Schuldschein ausgestellt worden wäre; alsdann aber könnte der hierin enthaltene Verpflichtungsakt überall nicht wegen angeblicher Nichtexistenz der Darlehensverbindlichkeit, sondern nur wegen Mangels oder Nichteintritts der causa, ob welcher die Anerkennung gewährt worden, angefochten werden.

Diesemnach kann ich denn die Justinianische Erfindung eines Litteralcontracts nicht mit dem Verfasser als einen glücklichen Griff anerkennen. Ist durch Ablauf von zwei Jahren der Gegenbeweis gegen die Empfangs-Schuldurkunde schlechthin ausgeschlossen, so mag man von zwei Dingen eins wählen. Entweder man betrachtet die Urkunde noch wesentlich als (durch die Ausschließung des Gegenbeweises unumstößlich gewordenes) Beweismittel; dann hat man eine juristisch als erwiesen geltende obligatio

re contracta. Oder man sieht nunmehr die mit jener Kraft begabte Urkunde selbst als die Quelle oder den Entstehungsgrund der nunmehr auch ohne wirklich geschehene Zahlung bestehenden Verbindlichkeit an; alsdann kann man diese allenfalls eine obligatio ex litteris oder litterarum obligatio nennen; aber sie ist dann keine obligatio ex contractu, weil sie sich nicht auf Verpflichtungswillen gründet. Die Darstellung der Institutionen entspricht mehr dieser letzten Auffassung. „De pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. — Sic fit, sagen sie, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur.“ Durch die Schrift, d. i. durch das Dasein des schriftlichen Schuldbekenntnisses, wird der Aussteller obligirt, und zwar erst jetzt, nachdem die Geltendmachung des Einwandes nicht erfolgter Zahlung durch den Ablauf der Zeit ausgeschlossen ist („dum queri non potest“), also nicht durch einen in dem Schuldbekenntniß liegenden formell verpflichtenden Willensakt, dessen verpflichtende Kraft ja nicht erst von jetzt an datirt werden könnte. Dem Laien mag diese Auffassung als dem materiellen Sachverhalt, wenn wirklich nicht gezahlt war, entsprechend zusagen; als richtige juristische Construction des Verhältnisses kann sie nicht gelten: so wenig als es richtig wäre, die Aussage von zwei Zeugen für den Entstehungsgrund einer Verbindlichkeit zu erklären, wenn unglücklicherweise dem Beklagten die Gegenbeweismittel, durch welche er jene als falsch zu erweisen vermochte, benommen sind, und so wenig, als es richtig wäre, wenn man nach Justinianischem Recht nicht mehr eine verborum, sondern eine literarum obligatio hätte anerkennen wollen, wo die urkundlich bescheinigte Stipulatio (unter den am selben Orte anwesenden Parteien) wirklich nicht stattgefunden hatte. Will man jene zwei Jahre nach Ausstellung des Schuldscheins entstehende sogenannte obligatio ex litteris auf den Willen des Ausstellers als seine Quelle zurückführen, so kann dieß nur so geschehen, daß man sagt: Wer vor Empfang des Darlehens einen Darlehensbrief ausfertigt, verpflichtet sich dadurch für den Fall, daß er nicht innerhalb der zwei Jahre die querela non numeratae pecuniae anbringt, das Darlehen ohne Widerrede als empfangen anzuerkennen und als solches zurückzuzahlen, wenn gleich er es wirklich nicht empfangen hat. Das ist aber ersichtlich nicht der Gedanke Justinians, noch die Meinung unseres Verfassers, der die Ausstellung des Schuldscheins der Stipulation gleichstellt, und daraus, gleichwie aus dieser sofort eine formelle Obligatio hervorgehen läßt, die nur durch eine exceptio im eigentlichen Sinn unwirksam gemacht werde. War mit der Ausstellung der Schuld-

urkunde zugleich eine Stipulation der Rückzahlung verbunden oder nach Inhalt der Urkunde als erwiesen anzunehmen, so zeigte sich nach wie vor der Exceptionsfrist dieser Formalcontract wirksam. Durch denselben war die Klage ipso jure begründet; es war nur die Frage ob die exceptio n. n. p. dagegen statthaft sei oder nicht, und als exceptio im eigentlichen Sinn konnte nur in diesem Falle der Einwand vorkommen. In diesem Falle sprechen daher die Institutionen nicht von einer obligatio ex scriptura, wie durch die Worte „cessante scilicet verborum obligatione“ angedeutet wird; nur für den Fall, wenn die Stipulation zwar bezeugt, aber nicht wirklich geschehen war, könnte man etwa nach der Paraphrase des Theophilus ebenfalls eine litterarum obligatio in jenem Sinne statuiren, obwohl ich glaube, daß Theophilus bei den Worten „*οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος*“ an ein Alibi im Sinne der Justinianischen L. 14. Cod. de contrah. stip. gedacht hat. Jedoch, wenn die Stipulation den Worten nach ausdrücklich auf ein Zurückgeben des als empfangen bescheinigten Geldes lautete, müßte eigentlich gesagt werden, im Falle der Nichtzahlung sei auch die verborum obligatio ipso jure nicht begründet. Denn ein Zurückgeben ist nicht möglich ohne vorhergegangenen Empfang; hier war also, um mit unserm Verf. (S. 24.) zu reden, die causa stipulationis in der Stipulation selbst aufgenommen, und die Zahlung des Darlehens nicht bloß Voraussetzung (causa), sondern Bedingung der verborum obligatio. Man muß annehmen, was auch wegen der Anlehnung an die übliche Intentio der condictio certi im Formularproceß wahrscheinlich ist, daß dergleichen Stipulationen und Stipulationsurkunden regelmäßig schlechthin auf Dare der bestimmten Summe gerichtet wurden; denn von einer eigentlichen exceptio n. n. p. hätte nicht die Rede sein können, wenn z. B. stipulirt war: „Centum, quos tibi mutuos dedi, reddere mihi spondes?“ In diesem Fall würde sich die Sache wesentlich nicht anders gestellt haben, als beim einfachen Schuldschein, und consequent hätte man dann auch nach Ausschließung des Einwandes nichterfolgter Zahlung hier ebensowohl wie beim einfachen Schuldschein bloß eine litterarum obligatio annehmen müssen, wenn man nicht das Beweismoment in dem Empfangsbekenntniß als das entscheidende festgehalten hätte. Bei der Abschwächung aber, welche das formelle Wesen der Stipulation erfuhr, war es eigentlich natürlich, in jedem Fall dieser Art ohne Rücksicht auf die Ausdrucksweise das bezeugte Stipulationsversprechen als durch wirklich erfolgte Zahlung bedingt aufzufassen. Hatte doch in der That der Promittent und Aussteller der betreffenden Urkunde nur den Willen, unter

dieser Bedingung sich zu verpflichten, und durfte sich ungeachtet der in hergebrachter Form ausgestellten schriftlichen Cautio vorerst noch als gar nicht verpflichtet betrachten. Die Unterscheidung zwischen der per exceptionem n. n. p. unwirksamen verborum obligatio in der einen Ausdrucksweise, und der wegen mangelnder Zahlung noch gar nicht zur Entstehung gekommenen obligatio re contracta oder verborum obligatio in anderer Ausdrucksweise konnte dem Rechtsbewußtsein jener Zeit nicht geläufig bleiben. Es war auch andrerseits ganz erklärlich, daß man keinen Anstand nahm, den Einwand nicht erfolgter Zahlung auch in den Fällen der letzten Art als exceptio non numeratae pecuniae zu bezeichnen, zumal da in den ohne Zweifel häufigsten Fällen diese Bezeichnung als die im strengen Sinn richtige hergebracht, zudem aber selbst im Sprachgebrauche der klassischen Juristen eine weitere Bedeutung von excipere und exceptio (namentlich auch als Einwand gegen Beweismittel) nicht unerhört war. Praktisch erschien so die exceptio n. n. p. in allen jenen Fällen gleichmäßig als eine Einwendung gegen die Wahrheit der Empfangsbescheinigung, gegen die Beweiskraft der Schuldurkunde. Eine Annäherung der einfachen Schuldscheine (chirographa) und der namentlich zu einem Darlehensgeschäft in unmittelbarer Beziehung stehenden Stipulationsurkunden hat hiernach allerdings stattgefunden; aber, genau besehen von der entgegengesetzten Seite her, als von welcher der Verfasser dieses annimmt. Nicht ist das Chirographum zu einem Formalcontract ausgebildet worden; bei jener Darlehens-Stipulationsurkunde hat vielmehr das materielle Element überwiegend Geltung gewonnen.

Uebrigens ist die im Anhang des Buches entwickelte Meinung des Verf. über die Bedeutung der exceptio n. n. p. und der ihr gesetzten Frist ihrem wesentlichen Resultate nach nicht abhängig von der Richtigkeit seiner Ansicht über die fomelle Verpflichtungskraft der Urkunde. Jene geht nur darauf hinaus, daß die Urkunde auch während der Frist nicht der Beweiskraft gänzlich ermangele, nach Ablauf der Frist aber die exceptio völlig ausgeschlossen sei. Dieß kann bestehen, auch wenn man die Exceptio nicht als eigentliche Einrede gegen die Verpflichtungskraft der Urkunde, sondern als Beweiseinrede gegen das Empfangsbekenntniß auffaßt. Wäre sie das erste, so sollte man consequent erwarten, daß auch gegen die bloß mündliche Darlehen-Stipulation die exceptio n. p. p. auf dieselbe Frist beschränkt sei, da die formelle Verpflichtungskraft der mündlichen Stipulation an sich nicht geringer ist, als die des urkundlich bezeugten oder gar des formlosen in der Urkunde enthaltenen Versprechens.

Und doch hat jenes meines Wissens Niemand behaupten mögen. Dadurch wird noch mehr bestätigt, daß es wesentlich das beweisende Moment des schriftlichen Schuldbekenntnisses ist, was durch die Fristbeschränkung der Einrede gekräftigt werden soll.

Ich gehe zum zweiten递Haupttheil des Buches, der das heutige Recht betrifft, über. In dem einleitenden Cap. VII., über die Natur der heutigen Verträge, hebt der Verf. mit Recht als das wesentlich entscheidende Moment im obligatorischen Vertrage den (acceptirten) Willen, sich zu verpflichten, hervor. Die Kraft, eine Obligatio zu erzeugen, hat wie nach R. R. der in Stipulationsform, so nach heutigem der formlos erklärte Wille. Ich unterschreibe den Satz (S. 155): „dem von Formen entfesselten Willen kann keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen", und finde ganz treffend die Bemerkung (das. Anm. 1): „für die Wirksamkeit der Formalcontracte war die positive Form nicht die causa efficiens, sondern nur die conditio sine qua non; diese letztere ist hinweggefallen, der Wille als causa efficiens ist geblieben". Daraus folgt nicht, daß die römischen Consensualcontracte als solche im heutigen Recht verschwunden oder in zwei beziehungslose einseitige Versprechen aufgelöst sind, wie bei zwei Stipulationen nach R. R.; ebensowenig, daß die Realcontracte, insofern sie eine Obligatio auf Rückgeben durch vorgängiges Geben erzeugen, ihr materielles Wesen verändert haben. Diese Beziehung des einen oder anderen Versprechens zu dem Gegenversprechen oder der Vorleistung liegt hier eben, wie oben schon bemerkt wurde, in dem wesentlichen Inhalt des Vertragswillens, nicht bloß des vermuthlichen, wie der Verf. S. 155 sagt, sondern des wirklichen Vertragswillens. Nach heutigem Recht tritt auch dasselbe ein bei anderen gegenseitigen Verträgen, die nach R. R. unter die Kategorie der unbenannten Contracte fielen, weil nun diese sofort durch die formlose Willenseinigung als gegenseitig klagbare Verträge abgeschlossen sind, wie nach R. R. der Kauf- oder Miethvertrag, nicht, wie nach R. R., um sofort beiderseitige Klagbarkeit zu erzielen, eine Zerlegung in zwei formell geschiedene einseitige Obligationen erforderlich ist. Eine strenge Gränzlinie zwischen Real- und Consensualcontracten läßt sich aber nach heutigem Recht nicht ziehen, insofern auch bei römischen Consensualcontracten (namentlich dem Miethvertrage) eine Verbindlichkeit des Rückgebens zur Sprache kommen kann, die dann ebenfalls eine vorgängige Hingabe nothwendig voraussetzt. Will man nun jene Verträge, weil sie in sich schon durch die Beziehung auf das Gegenversprechen oder die Vorleistung einen genügenden Bestimmungsgrund für das darin

enthaltene Versprechen des einen oder anderen Contrahenten enthalten, mit dem Verf. materielle Verträge nennen, so ist es freilich entschieden unrichtig, heutzutage alle obligatorischen Verträge für materielle zu erklären. Unrichtig ist es aber auch, wie der Verf. nach S. 153 zu thun scheint, alsdann das Schenkungsversprechen zu den materiellen Verträgen zu stellen. Bei diesem liegt in dem Versprechen an sich die causa promittendi, der animus donandi, eben so wenig ausgesprochen, als in jedem aus irgend einem andern Grunde gegebenen einseitigen Versprechen, wie das nach älterem R. R., nach welchem ein solches Versprechen nur in Stipulationsform gegeben werden konnte, handgreiflich war, und dadurch, daß Justinian dasselbe von der Form der Stipulation entband, nach heutigem Recht aber überall das einseitige Versprechen dieser Form nicht mehr bedarf, nicht anders geworden ist. Mir will es daher scheinen, als ob überhaupt die Unterscheidung der materiellen und negativ-formellen Verträge im Sinne des Verf. nicht den Werth habe, den er ihr beilegt, und als ob er einfacher und sicher zum Ziele gekommen wäre, wenn er nur consequent den Satz, daß der Verpflichtungswille die einzige wahre Quelle der vertragsmäßigen Obligatio sei, festgehalten hätte, indem er zugleich übereinstimmend mit Savigny (Obl.-Recht II. S. 249 fg.) von der falschen Theorie der causa obligandi sich lossagt.

Das ist richtig, wie schon oben bemerkt wurde und auch der Verf. mehrmals hervorhebt: irgend ein Bestimmungsgrund, eine Willensrichtung, wenigstens alternativ diese oder jene, muß der Eingehung des obligatorischen Versprechens, wie der Eigenthumsübertragung, dem Schulderlaß, u. s. w. zum Grunde liegen; ohnedieß ist ein ernstlicher Wille der Verpflichtung nicht denkbar; man müßte im Schlafe oder im Scherze handeln. Ist bei ernstlichem Willen eine andere Absicht nicht ausgesprochen oder erkennbar, so muß die Absicht, eine Liberalität zu üben, angenommen werden (animus donandi), obwohl es unrichtig ist, außer diesem nur einen animus solvendi oder credendi als möglich zu statuiren (Windscheid v. d. Voraussetzung S. 89. fg.). Aber der wirkliche Wille genügt an sich, die Verpflichtung zu erzeugen, und es fragt sich dann nur, ob ein objektiver Mangel der Causa von solcher Beschaffenheit vorliegt, daß deßhalb das Versprechen (durch condictio oder exceptio) angefochten werden könne. Wo dieß der Fall ist, kann man nun freilich sagen, sei eine wirkliche Obligatio nicht vorhanden, indem die durch exceptio doli unwirksame eben keine wahre Obligatio (quasi nulla obligatio), der formelle Unterschied aber zwischen der obligatio ipso jure nulla und per exceptionem inefficax in unserem Rechte, bei

dem Mangel des stricti juris negotium, verwischt sei. Es trifft hier zu, was der Verf. S. 158 bemerkt, daß bei uns das materielle Princip den Ausgangspunkt bildet. In der praktischen Behandlung reducirt es sich am Ende auf die Frage, ob jener Mangel, also die Unwirksamkeit der Obligatio, zu erweisen sei und wer denselben zu erweisen habe, und in dieser Beziehung kommen dann die vom Verf. S. 63 fg. entwickelten Grundsätze in Betracht. Von diesem Standpunkt aus ist dann auch der Art. 1108 des Code Nap. aufzufassen: „L'obligation sans cause ou sous une fausse cause est nulle“, indem dabei zu beachten ist: einmal, daß nach dem Code Nap. die condictio indebiti nicht durch entschuldbaren Irrthum bedingt ist, sodann und vorzüglich, daß das Schenkungsversprechen keine Giltigkeit hat, wenn nicht ein notarieller Schenkungsakt vorliegt. Auch nach R. R. würde das Versprechen, für welches kein anderer Bestimmungsgrund, als der animus donandi zu finden ist, ohne Insinuation nichtig sein, soweit es das gesetzliche Maß überschreitet; nach französischem Recht ist es ohne notariellen Akt in allen Fällen ungiltig (L'obligation sans cause, wo nicht giltige Schenkung, est nulle); und wo ein solcher vorliegt, da fällt jede Frage nach der Causa weg, weil er das Rechtsgeschäft ausdrücklich als Schenkung bezeichnen muß. Ist dagegen (subjektiv) aus irgend einem anderen Grunde, der dem Rechtsgeschäft den Charakter der Schenkung benimmt, versprochen worden, dieser Grund aber ist (objektiv) falsch, so ist die Obligatio wegen dieses Mangels wirkungslos (L'obligation sous une fausse cause est nulle). Nimmt man indessen den Art. 1132 hinzu („La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée“), und versteht diesen in dem Sinne, daß die sog. cautio indiscreta zur Begründung der Klage genüge, so stellt sich die Sache in's rechte Geleise. In diesem Sinne sagt der Verf. S. 158. Anm. 1. richtig, der Satz des Art. 1108 werde durch den Art. 1132 neutralisirt: das erwiesene Versprechen gilt so lange als verpflichtend, bis dagegen bewiesen wird, daß es sans cause ou sous une fausse cause gegeben sei. Auch ich lege dem Art. 1132 diese Bedeutung bei. So stellt sich das Resultat befriedigender dar, als nach gemeinem Recht, wenn man zwar das Versprechen als ipso jure giltig ansehen kann, aber der sog. cautio indiscreta nach L. 25. §. 4 D. de probat. die Beweiskraft absprechen muß. Aber freilich ist die Auslegung jenes Art. 1132 in der französischen Jurisprudenz bestritten.

Mit Recht bemerkt der Verfasser S. 156., daß man dem formlosen einfachen Versprechen, da wo es seinen Rechtsgrund aus Verhältnissen zu dritten Personen hernimmt, bei Delegation, Expromission, die Wirkung

der Stipulation beizulegen kein Bedenken trage, und deutet darauf hin, daß demnach auch der Novation bezüglich eines unter den Contrahenten selbst bestehenden Schuldverhältnisses, selbst wenn sie das Objekt desselben nicht verändere, noch eine Bedeutung im heutigen Rechte zukommen müsse, wie nicht minder der sog. novatio cumulativa oder der accessorischen Stipulation. Dieß führt uns nun unmittelbar zu der Theorie des Anerkennungsvertrags im Allgemeinen (Cap. VIII.) und seiner einzelnen Arten Cap. XI. u. fg.), die den Hauptkern der Schrift ausmacht.

Hat nach heutigem Recht der formlos erklärte Wille überhaupt die Kraft, wie die römische Stipulation, eine Obligatio zu erzeugen, so ist auch die Möglichkeit verpflichtender Anerkennung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit nicht zu bestreiten. Eine solche läßt sich in doppelter Weise construiren, so daß die Anerkennung den Bestimmungsgrund, oder auch so, daß sie den Gegenstand des neuen Versprechens enthält. Wenn A dem B 100 Thlr. verspricht, weil oder indem er sie demselben schuldig zu sein bekennt, so hat er, bestimmt durch die Anerkennung der Schuld, den Willen, sich zu 100 Thlr. zu verpflichten, unzweifelhaft erklärt. Warum dieser Wille nicht wirklich verpflichtende Kraft haben sollte, eben so wohl, als wenn er versprochen hätte, weil er schenken will oder weil ihm ein Erblasser solches Versprechen als Bedingung eines Vermächtnisses auferlegt habe, ist nicht einzusehen. Nach einer Causa des Versprechens ist weiter nicht zu fragen. Er verspricht, weil er über die Schuld keinen Streit haben will, weil er der Gegenpartei, die sonst vielleicht sofort zur Klage schreiten würde, Sicherheit geben will, daß ihr die Existenz der Forderung ferner nicht bestritten werde. Es ist wohl möglich, daß er noch durch andere entferntere Gründe bestimmt worden ist, so wie es auch bei Eingehung eines Kaufcontracts der Fall sein könnte; aber die Giltigkeit des Versprechens ist an sich nicht dadurch bedingt, noch seine Wirksamkeit davon abhängig, so wenig als wenn für die Eingehung des Kaufcontracts kein anderer Bestimmungsgrund vorläge, als weil er eben gegen Versprechen eines Preises sich zur Ueberlieferung der Sache hat verpflichten wollen. Allerdings kann er nach Umständen die Wirksamkeit des Versprechens anfechten, wegen eines Mangels in der Causa, aber auch dieses wesentlich nur in gleicher Weise, wie es beim Kaufcontract möglich wäre. Hat er dasselbe z. B. geleistet, unter der Verabredung, daß dafür von der andern Seite etwas geschehe, z. B. ein Beitrag zur Errichtung eines öffentlichen Denkmals gegeben werde, so kann er causa non secuta die Zahlung verweigern, das Gezahlte zurückfordern; er hat zu diesem Zwecke zu beweisen, daß er wirklich unter

jener Verabredung versprochen habe, worauf denn dem Gegner nur noch frei steht zu beweisen, daß causa secuta sei. Hat er versprochen, wei er schenken wollte, wissend, daß er nichts schuldig sei, so kann er die Erfüllung nicht verweigern, es sei denn, daß das Geschäft als Schenkungsgeschäft an einem Mangel leidet, z. B. rücksichtlich der Form, oder einem Verbot widerstreitet, z. B. als Schenkung unter Ehegatten, die deßhalb nicht weniger ungiltig ist, weil sie sich unter der Anerkennung einer bereits bestehenden Schuldverbindlichkeit versteckt. Hat er aber in der Meinung, wirklich schuldig zu sein, versprochen, so fragt sich vorerst noch, ob dieß dergestalt der einzige Bestimmungsgrund gewesen sei, daß er nur unter Voraussetzung der Wahrheit dieser Annahme sich verpflichten wollte, ob nicht, selbst in Erwägung der Möglichkeit eines Irrthums in dieser Beziehung, sein Wille war sich zu verpflichten, gleichwie wenn die Schuldforderung begründet wäre, auch auf den Fall, daß sie es nicht sei. Im letzten Fall könnte er das Versprechen bloß wegen irrthümlicher Voraussetzung seiner Schuldverbindlichkeit überall nicht anfechten: so z. B. wenn er mit Rücksicht auf eine Gegenleistung oder Vergleichshalber das anerkennende Versprechen gegeben hätte, aber consequent eben so auch dann, wenn er, obwohl nicht überzeugt von der Existenz der Schuldverbindlichkeit oder daran zweifelnd, doch mit dem erklärten Willen, den Gegner der Bestreitung zu entheben, dieselbe anerkannt hat. Im ersten Fall dagegen würden schlechthin die Regeln der condictio indebiti zur Anwendung kommen, also vom Versprechenden entschuldbarer Irrthum als Grund des Versprechens zu erweisen sein. Jedoch ist auch hier noch zu unterscheiden. Es ist möglich, daß die Anfechtung wegen irrthümlicher Voraussetzung der Schuld zwar nicht ganz, aber doch in gewissem Maße ausgeschlossen ist. Man setze den Fall: Es wird mir eine Vertragsurkunde meines Erblassers vorgelegt, deren Aechtheit mir unzweifelhaft erscheint, aber es ist Streit über deren Auslegung; um den Streit zu vermeiden, erkenne ich die gegnerische wirklich unrichtige Auslegung an und leiste in diesem Sinn ein neues Versprechen; alsdann ist mir die Bestreitung dieser Auslegung benommen, obwohl ich zu beweisen erbötig bin, das Versprochene nicht schuldig gewesen zu sein; aber es steht mir noch frei, hinterher die Aechtheit jener Vertragsurkunde und aus diesem Grunde das jetzt Versprochene als indebite promissum anzufechten.

In dem einfachen Fall eines Versprechens unter Bezugnahme auf eine irrthümlich vorausgesetzte Schuld kann man nun im eigentlichen Sinn von einem Anerkennungsvertrage nicht wohl reden. Es trifft hier dasjenige zu, was oben (S. 364.) über die ächte Anerkennung des Verf.

bemerkt worden ist. Die Anerkennung ist schlechthin nur bestimmend den Willen der Verpflichtung als Voraussetzung; es ist in derselben kein verpflichtendes Willenselement enthalten. Anders ist es schon in den übrigen Fällen. Zwar tritt auch hier noch die Anerkennung zunächst als Grund des neuen Versprechens auf: weil ich anerkenne, verspreche ich; dieses Versprechen ist zunächst auch nur ein anerkennendes Versprechen, nicht ein Anerkennungsvertrag. Aber hier liegt doch in der Anerkennung in der That schon ein Willenselement, das verpflichtend zu wirken vermag: ich will anerkennen, darum verspreche ich; ich habe den Willen, die Schuld als eine wirklich bestehende gelten zu lassen, selbst für den Fall, daß ich ihren Nichtbestand zu erweisen vermöchte, und weil ich diesen Willen habe, verspreche ich; folglich kann ich das Versprechen nicht blos deßhalb, weil die Schuld dennoch nicht bestehe oder ich mich darin geirrt habe, anfechten. Dieß tritt denn ganz nahe an den Fall heran, wenn ich geradezu oder schlechthin die Schuld anzuerkennen mich verpflichte, wenn die Anerkennung der Gegenstand des Versprechens ist: was man im strengen Sinn allein Anerkennungsvertrag nennen könnte. Ohne Zweifel war ein solches Versprechen nach R. R. in Form der Stipulation zulässig und vollkommen wirksam: „Versprichst du mir die von mir behauptete Verbindlichkeit deines Erblassers als Erbe ohne Widerrede anzuerkennen und demgemäß zu erfüllen? Ich verspreche es". Unbedenklich ist nach heutigem Recht ein formloser Vertrag gleichen Inhalts klagbar. Der hierin zu Tage tretende verpflichtende Wille ist nun auch in jenen andern Fällen enthalten, und wenn das Versprechen nur auf dieselbe Leistung, welche den Inhalt der früheren Schuldverbindlichkeit ausmacht, gerichtet ist, stehen sie in der That materiell diesen vollkommen gleich. Ein Unterschied zwar ergibt sich, wenn das neue Versprechen auf etwas anderes geht. Dort ist nur eine Klage auf den Gegenstand dieses letzten begründet; die Anerkennung als bloßer Bestimmungsgrund desselben steht in dem Verhältniß zum Versprechen, daß ich nur zur Leistung des jetzt Versprochenen verpflichtet sein will. Dieser Unterschied würde sich erheblich zeigen, wenn ich nach geschlossenem Anerkennungsvertrage im engsten Sinne hinterher ohne animus novandi etwas anderes als den Gegenstand der anerkannten Schuld verspräche. Alsdann bestünden beide Verbindlichkeiten cumulativ neben einander, während dort auf Grund der Anerkennung nur das wegen der anerkannten Schuld versprochene Andere gefordert werden könnte. Aber dieser Unterschied ist von geringer praktischer Bedeutung, weil bei einem neuen Versprechen mit verändertem Inhalt in der Regel

gewiß der animus novandi vorhanden sein wird, dann aber in beiden Fällen das Ergebniß dasselbe ist: Ich kann belangt werden, auf Grund der Anerkennung, das Versprechen zu erfüllen, ohne mich noch darauf berufen zu können, daß ich irrthümlicherweise eine Schuldverbindlichkeit angenommen habe.

Jedoch, wenn sich in dem oben erwähnten Beispiel herausstellt, daß ich mich irrthümlich für den Erben gehalten habe: kann ich nicht wegen dieses Irrthums das Versprechen anfechten? Ohne Zweifel: ja, eben so wohl, als wenn ich z. B. dasselbe Versprechen ob causam futuram gegeben hätte, und diese nicht erfolgt; oder als wenn ich sonst einen Vergleich geschlossen hätte, unter irrthümlicher Voraussetzung meiner Erbeneigenschaft. Der obige Satz erleidet also noch eine Beschränkung, insofern die Anfechtung wegen Irrthum über einen Umstand, welcher bei jenem Vertrag als gewiß vorausgesetzt wurde, und auf den sich jener Anerkennungswille gar nicht bezogen hat, nicht ausgeschlossen ist, so wie ein Vergleich zwar nicht wegen bloßen Irrthums über die Existenz des vergleichsweise anerkannten Anspruchs, wohl aber unter Umständen wegen Irrthums über einen bei Eingehung des Vergleichs als unstreitig vorausgesetzten Umstand angefochten werden kann.

Einen Anerkennungsvertrag müssen wir also allerdings anerkennen, wo der entsprechende Wille sich zu verpflichten vorliegt. Ja, wir gehen in dieser Beziehung weiter als der Verfasser S. 165., indem wir behaupten, daß auch in Betreff der Causa ein solcher verpflichtender Wille möglich sei. So kann auch bei der Eingehung einer Bürgschaft eine gleich wirksame Anerkennung der Existenz der Hauptschuld stattfinden. Wer z. B., um einen Gläubiger von der sofortigen Verfolgung seiner Forderung abzuhalten, erklärt, daß er als Bürge eintrete, und zugleich, daß er die Hauptschuld als unstreitige hiemit anerkennen wolle, wird sich bloß wegen Irrthums in dieser Beziehung der Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit nicht entziehen können, selbst wenn der Hauptschuldner noch in der Lage wäre, die Nichtexistenz der Schuld geltend zu machen.

Ich übergehe, was der Verfasser §. 45—54. über verwandte Rechtsinstitute, sodann über die Anerkennung als Grund der Ausschließung einer Exception, und über die Anerkennung in andern als obligatorischen Verhältnissen ausführt, um sofort die Hauptsache weiter zu verfolgen, indem ich die einzelnen „Formen des Anerkennungsvertrags" näher betrachte, die der Verfasser hervorhebt (S. 216. fg.).

Zuerst die Abrechnung (§. 55. 56.) Was der Verfasser darüber sagt, können wir uns ganz aneignen. Kein Zweifel, daß in der

Abrechnung eine verpflichtende Anerkennung liegen könne. Ja, es wird ein vollständig ausgeführtes Abrechnungsgeschäft, wobei das Ergebniß in bestimmten Summen festgestellt von beiden Theilen durch ihre Unterschrift anerkannt ist, in der Regel nicht anders auszulegen sein, als daß nun dieses Ergebniß auch als vertragsmäßig festgestelltes Schuldverhältniß unter ihnen gelten solle, so daß darauf hin, ohne wiederum auf die einzelnen Schuldposten und deren Ausgleichung gegen einander (salvo errore calculi) zurückzugehen, geklagt werden kann. Es ist nicht anzunehmen, daß die Parteien ein unnützes erfolgloses Geschäft in solcher Form haben vornehmen wollen, wornach hinterher immer wieder von vorn anzufangen sein sollte. Ist aber der animus obligandi auf das Ergebniß der Abrechnung wirklich vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, warum dieser nicht wirksam sein, warum noch nach einem andern materiellen Verpflichtungsgrunde, außer dem Willen die Sache in's Reine zu bringen, zu fragen sein sollte, oder auf die causae debendi der einzelnen Schuldposten zurückgegangen werden müßte. Die Praxis ist hier einem ganz richtigen Instinkt gefolgt; die theoretische Anknüpfung aber scheint mir der Verfasser mit Recht in der accessorischen Stipulation zu finden. Die Anfechtung wegen Irrthums oder Betrugs oder wegen Simulation, z. B. versteckter ungiltiger Schenkung, bleibt dabei vorbehalten.

Der Abrechnung verwandt ist die Rechnungstellung (§. 57.); sie ist, sofern sie Einnahmen und Ausgaben darlegt, zunächst die Einleitung zu einem Abrechnungsgeschäft, das durch die Anerkennung von der andern Seite zum Abschluß kommen kann. Aber darin scheint mir der Verfasser zu irren, wenn er S. 229 auch schon in der Rechnungstellung bezüglich der Einnahmen an sich einen Anerkennungsvertrag, oder vielmehr zunächst die Proposition zu einem solchen, findet, wobei dem Geschäftsherrn gestattet sei, Einnahmen und Ausgaben zu trennen, erstere anzunehmen, letztere abzulehnen. Das ist gewiß nicht dem Willen des Rechnungstellers gemäß, der Einnahmen und Ausgaben dargelegt hat. Liegt darin eine Vertragsproposition, so kann daraus nicht durch willkürliche Acceptation eines Stücks derselben ein Anerkennungsvertrag hervorgehen. Klagt nun der Geschäftsherr bloß die Einnahmeposten ein, so ist klar, daß ihm dabei die Rechnung lediglich als Beweismittel dienen könne.

Auch in der Ausstellung eines Schuldscheins (beziehungsweise einer Quittung) kann ein Vertrag, eine vertragsmäßige Anerkennung liegen (§. 58. fg.) Aber der Verfasser geht gewiß zu weit, wenn er jedem Schuldschein diesen Charakter vindicirt, womit nur zugleich die

Bedeutung eines Beweismittels concurrire. Er deducirt diesen Satz sehr scharfsinnig (vgl. oben S. 27. fg.) Aber nach dem, was wir oben ausgeführt, können wir ihn doch nicht zugeben. In der That läßt sich seine Argumentation auf dem entgegengesetzten Wege in das Gegentheil verkehren. Wer ein einfaches Schuldbekenntniß ausstellt, erklärt dadurch unmittelbar nur seine Ueberzeugung (die theoretische Erkenntniß), daß er schuldig sei; jenes ist zunächst nur ein Beweismittel. Dabei darf man nun wohl als sich von selbst verstehend annehmen, daß er die Schuld auch einmal bezahlen wolle. Eben deßhalb aber kann man in dem ausdrücklichen Zusatze, daß dieß geschehen werde, nicht sofort ein neues Versprechen, einen neuen obligatorischen Vertrag erkennen; er spricht nur jene sich von selbst verstehende Consequenz aus. Sonst müßte man consequent in jedem Falle, wenn ein gemahnter Schuldner sagt, er werde in so und so viel Tagen bezahlen, ein neues obligatorisches Versprechen (eine heutige accessorische Promissio) annehmen, obwohl derselbe doch gar nicht den Gedanken, also auch nicht den Willen hat, eine neue Obligatio einzugehen, sondern nur eine, die schon bestehende und fortdauernde Verbindlichkeit, im Sinne hat. Die nächste und eigentliche Bedeutung des Schuldscheins ist vielmehr die, daß er ein Beweismittel gewährt. Zwar sagt der Verfasser „ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen". Allein das erste heißt zunächst nur: die Existenz der Schuld anerkennend ein Mittel zu deren Geltendmachung geben wollen, und dieses heißt nicht: eine neue Obligatio contrahiren wollen. Daher ist es unrichtig von einer Concurrenz mehrerer Klagen zu reden, einer aus der Schuldurkunde, einer aus der ursprünglichen Schuld, die dem Verfasser (S. 242.) materiell doch wieder in eine zusammenfließen, so wie es, um auch hier die oben gebrauchte Parallele zu benützen, gewiß niemanden einfällt gegen einen zwanzigmal gemahnten und zwanzigmal wortbrüchigen Schuldner eine Concurrenz von zwanzig Klagen zu statuiren. Am deutlichsten zeigt sich dieses bei einem Schuldschein über ein Darlehen, mit Angabe des Schuldgrundes: „Ich bekenne ein Darlehen von 100 fl. empfangen zu haben und verspreche dieses zurückzuzahlen", wornach dann eine Klage aus der verpflichtenden Urkunde, und eine aus dem Empfang des Darlehens zu unterscheiden wären. Es ist schon oben gezeigt worden, in welche Künstlichkeit man sich verwickelt, wenn man der Theorie des Verfassers folgt; die dort erhobenen Einwendungen müssen wir auch gegen die §§. 58—62. wieder geltend machen. Wo nun die Urkunde bloß die

Natur eines Beweismittels hat, da wird sich die Bestreitung ihres Inhalts auch nur als Gegenbeweis gegen den durch dieselbe zunächst geführten Beweis der Verbindlichkeit darstellen. Indessen kann allerdings, das geben wir zu, Ausstellung und Hingabe der Urkunde Vertragsnatur an sich tragen, und so denn auch eine verpflichtende Anerkennung der bestehenden Verbindlichkeit in sich schließen; und in dieser Beziehung wird die Fassung der Urkunde, die ausdrückliche Aufnahme eines Versprechens in dieselbe, von Wichtigkeit sein. Diese verpflichtende Kraft der Urkunde wird insbesondere auch dann zu behaupten sein, wenn der Aussteller wissentlich den thatsächlichen Verpflichtungsgrund anders angibt, als er sich wirklich verhält, vorausgesetzt, daß sich darunter nicht ein an sich ungiltiges Rechtsgeschäft versteckt. Wer z. B. wissentlich den baaren Empfang eines Darlehens bekennt, während in der That nur eine anderweitig entstandene Schuld in eine Darlehensschuld umgewandelt werden wollte, kann der Darlehensverpflichtung nicht dadurch ausweichen, daß er beweist, er habe das Geld nicht baar empfangen; denn indem er jenen Schuldschein wissentlich ausstellte, hat er in verpflichtender Weise anerkannt, daß er als wirklicher Darlehensempfänger behandelt sein wolle. So auch wer den Schuldschein ausstellte über eine zweifelhafte oder streitige Schuld, die er eben dadurch dem Zweifel oder der Bestreitung entheben wollte. Nach gleichem Gesichtspunkt ist der Fall zu beurtheilen, wenn der Gläubiger eine Quittung ausstellt, als sei er befriedigt oder bezahlt, wenn gleich er nicht wirkliche Zahlung erhalten hat, aber mit dem Willen als bezahlt angesehen zu werden. Es liegt darin ein verpflichtender liberatorischer Vertrag, der gleich der römischen Acceptilation wirkt. Die Quittung ist zunächst ihrer Natur nach ein Beweismittel der geschehenen Zahlung; unter jenen Umständen aber nimmt sie die Natur eines Nachlaßvertrages an. In den praktischen Resultaten werden wir hiernach nicht weit von dem Verfasser abweichen. Gern möchten wir mit demselben auch in Betreff der Lehre von der cautio indiscreta zusammentreffen. Die L. 25. §. 4. D. de probat. ist ein unglückliches Stück unserer Quellen, das wir gern preisgeben möchten. Sie hat Entscheidungen hervorgerufen, bei denen der Verfasser mit Recht ausruft (S. 267.): „fühlt man denn nicht, daß durch solche Entscheidungen die gelehrte Jurisprudenz alles Vertrauen verlieren muß"? Wenn man sie versteht, wie ich so eben sehe, daß es von Dernburg geschieht (Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 511), wornach die cautio den Charakter einer indiscreta verliert, sobald sie nur mit einer Hinweisung darauf versehen ist, daß es sich um Bestätigung

oder Erneuerung einer bestehenden Verpflichtung handelt, so werden freilich solche Anstöße ausgeschlossen, und sie durch Interpretation auf das engste Gebiet einzuschränken, dazu hat die Praxis allen Grund. Es ist noch übrig die einfache Anerkennung (§. 67.), die nach dem bisherigen keine Schwierigkeit mehr darbietet, und der Wechsel (§. 68), dem auch die bisherige Theorie schon den Charakter einer abstrakten (Formal)-Obligation beilegt.

Endlich freue ich mich, die lange Recension noch mit einer vollkommenen Beistimmung schließen zu können. Was der Verfasser im Cap. XII. über die Klage auf Anerkennung sagt (vgl. oben S. 346. fg.), scheint mir ganz begründet, und um so beachtenswerther, als es einem entschiedenen praktischen Bedürfniß entsprechend ist. Wenn ich sonst hin und wieder den Ansichten des Verfassers entgegengetreten bin, so ändert dieß nichts in dem allgemeinen Urtheil über das Buch, welches in der Einleitung und dem Schluß der ersten Abtheilung dieser Recension ausgesprochen liegt. *

---

Die oben recensirte Schrift ist in zweiter verbesserter Auflage erschienen 1867. Schon früher (1858) aber hat der Verfasser einen neuen Aufsatz über denselben Gegenstand veröffentlicht: „Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt", in den Jahrb. für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts II. S. 283—350., 367—455., worin sich manche Gegenbemerkungen gegen obige Recension finden. Ueber die spätere Literatur vgl. das Lehrb. a. a. O. und dazu Stahl zur Lösung der Frage, ob und in wie weit die Anerkennung einen Verpflichtungsgrund bilde? im Arch. f. civ. Prax. LIV. 16. S. 285—324.

---

## 24.

## Die Wette.**

Die Wette ist ein nicht nur dem bürgerlichen Rechtsverkehre entbehrliches, sondern auch gefährliches und bedenkliches Geschäft, insofern es durch Leichtsinn und unbesonnene Rechthaberei leicht Jemanden, und

* Aus der krit. Ueberschau IV. S. 1—47. 219—247. (1857.)

** Lehrb. §. 236. Anm. 1.

zwar ganz zwecklos, übermäßigem Schaden aussetzen kann. Der Gesetzgebung kann daher unbedenklich freie Hand gelassen werden, deren Wirksamkeit zu beschränken oder an besondere Bedingungen zu knüpfen. Die einzige Rücksicht, die sie dabei zu nehmen hat, ist die, nicht durch zu strenges allgemeines Verbot die freie Selbstbestimmung der Einzelnen zwecklos zu beengen und so mit dem herrschenden Rechtsbewußtsein sich in Widerspruch zu setzen. Nach römischem Recht waren Wetten unzweifelhaft zulässig und rechtlich wirksam. Eine gewöhnliche Art der Eingehung war, wie wir aus nichtjuristischen Schriften erkennen, die, daß die Parteien bei einem Dritten, der dann gewöhnlich zugleich als Wettrichter (judex sponsionis) entschied, den Wettpreis, sei es eine Geldsumme oder sonst eine Sache, deponirten, mit der Bestimmung, daß dieser dem Sieger ausgeantwortet werde. Darauf bezieht sich auch eine Stelle der Digesten, L. 17. §. 5. D. de praescriptis verb. 19. 5., folgenden Inhalts: Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.

Wie aus den Worten „annulos acceperit“ und der Bezugnahme auf den victor hervorgeht, ist hier augenscheinlich der Fall vorausgesetzt, daß zwei Wettende einem Dritten jeder einen Ring als Wettpreis übergeben hatten, mit der Bestimmung, daß beide Ringe dem Sieger zurückgestellt werden sollten. Dieser soll sie mit der actio praescriptis verbis in Anspruch nehmen können. Obwohl er selbst nur einen Ring hingegeben, kann er doch beide einklagen. Die genannte Klage setzte nicht voraus, daß der Kläger dasselbe, das er einklagte, hingegeben hatte; sie setzte überhaupt nur ein Dare oder Facere von Seiten des Klägers als geschehen voraus, mit Verabredung eines Dare oder Facere von Seiten des Empfängers. Hier bestand die Leistung des letzten in dem Zurückstellen der von beiden Wettenden hergegebenen Ringe, aber nur an einen der beiden, nämlich an den Sieger der Wette. Die Verabredung der Rückgabe war eine zweifache, zu Gunsten des einen oder des andern der Geber, aber alternativ bedingt; die letzten standen mit einander in keinem Contractsverhältniß, sondern jeder von ihnen schloß einen Innominatcontract auf Rückgabe beider Ringe mit dem Empfänger ab, aber unter entgegengesetzten Bedingungen. Unwiderleglich aber geht hieraus hervor, daß solche Wetten im Allgemeinen erlaubt und wirksam

waren. Das wird vollends bestätigt durch den Schlußsatz. Wenn die Wette eine unsittliche war, sollte der Geber, und zwar natürlich der eine wie der andere, ob Sieger oder nicht, nur seinen Ring, den von ihm hergegebenen, zurückverlangen können; also im andern Fall konnte der Sieger auf beide klagen.

Aber es war die Wette nicht bloß in dieser Art möglich. Auch wenn z. B. von beiden Wettenden ein Ring gesetzt, aber beide Ringe dem einen der Wettenden anvertraut wurden, konnte der Andre als Sieger auf Herausgabe beider Ringe mit der actio praescriptis verbis klagen, während er, wenn er unterlag, keinen zurückfordern konnte. Insbesondere aber konnte die Wette auch durch zwei an entgegengesetzte Bedingungen geknüpfte Stipulationen eingegangeu werden. Die Stipulation war ein Contract, durch welchen ohne Namhaftmachung einer Causa eine einseitige Verpflichtung zu jeder möglichen nicht unsittlichen Leistung begründet werden konnte; die Giltigkeit der bedingten Stipulation hing außerdem nur davon ab, ob durch die Bedingung dieselbe nicht als ein unsittliches Geschäft sich darstellte: die Causa aber, die auch einer jeden Stipulation, wenn gleich ohne sie zu nennen, zum Grunde liegen mußte, bestand bei Wetten eben in dem Gegeneinandersetzen der beiden Stipulationen unter entgegengesetzten Bedingungen; ein Versprechen des einen allein, ohne dieses Gegeneinandersetzen, würde unter den Begriff eines bedingten Schenkungsversprechens gefallen sein, wofern nicht etwa die Bedingung eine solche war, die selbst den Bestimmungsgrund zu dem Versprechen in sich schloß.

Daß nun auch solche Wetten durch beiderseitige Stipulation giltig und klagbar waren, dafür gibt allein schon der in dem ältern römischen Recht so häufige Gebrauch der Proceßwetten, der sponsio und restipulatio (um von dem noch ältern sacramentum nicht zu reden), einen unwiderleglichen Beweis. Auch ohnedieß würde ein positives allgemeines Verbot solcher Sponsionen nachgewiesen werden müssen, wenn sie für unzuläßig gehalten werden sollten. Ein solches findet sich aber nicht. Als ein Beispiel bedingter Stipulation wird oftmals angeführt: „Si Titius consul factus fuerit, dare spondes“? Stipulirt dagegen der Spondent: „Si Titius consul factus non fuerit, dare spondes“? so ist die Wette fertig. Woraus könnte man irgend eine Berechtigung ableiten, um die eine oder die andere Stipulation, die jede für sich unzweifelhaft giltig war, für ungiltig zu erklären? Eben so verhält es sich mit der Stipulation: „si Maevius vivit“, oder „si Titius consul fuit, dare spondes“? und der entgegengesetzten: „si Maevius non

vivit", oder „si Titius consul non fuit, dare spondes"? Aber allerdings nicht alle Wetten waren erlaubt. Das römische Recht verbot Spiele um Geld, mit Ausnahme solcher Spiele, die zur Stärkung des Muthes und der körperlichen Gewandtheit dienten. In Beziehung auf diese letzten waren auch Wetten erlaubt („sponsionem facere licet"); bei andern Spielen waren diese nicht erlaubt („ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet" — L. 3. D. de aleatoribus. 11. 5. —), konnten also auch in die Form der Stipulation gekleidet, keine klagbare Obligation erzeugen. Puchta (Pand. §. 258) hat hiernach die Behauptung aufgestellt, daß Wetten eben so wie Spiele regelmäßig unwirksam, nur ausnahmsweise erlaubt und wirksam seien. Er geht von der Ansicht aus, daß zum Wesen eines jeden Verpflichtungsvertrags, also auch der Stipulation, positiv eine juristische causa gehöre, die reine Lust am Wagniß aber, sagt er, sei als eine solche nicht zu betrachten. Darin findet er den juristischen Grund der Unwirksamkeit des Spieles, der eben so auf die Wette passe, weil Spiele nichts anderes als Complexe zusammenhängender Wetten seien, ein Unterschied, der wohl eine Verschiedenheit der polizeilichen, nicht aber der civilrechtlichen Behandlung begründen könne. Aber jene Ansicht ist falsch. Das Wesentliche des Verpflichtungsvertrags ist nur der Verpflichtungswille, der freilich aus einem Bestimmungsgrunde hervorgehen muß, weil ohne diesen ein ernstlicher Wille nicht denkbar ist. Soll der ernstliche Wille nicht verpflichtend sein wegen des Grundes, der ihn bestimmt, so muß dieser etwas Unsittliches oder Unerlaubtes in sich tragen oder dem Geschäft diesen Charakter geben. Unsittlich ist nun die Lust am Wagniß an sich doch nicht. Wenn also dem durch sie bestimmten Verpflichtungswillen die verpflichtende Kraft abgesprochen wird, so ist das freilich wohl eine Rechtsvorschrift, die wesentlich auf polizeilichem Grunde beruht. Daher kann man wohl von der Unwirksamkeit der Wette auf die des Spieles schließen, wenn Spiele zusammenhängende Wetten sind, nicht aber umgekehrt von der Unwirksamkeit des Spiels auf die der Wette. Aber die Argumentation Puchta's ist auch schon deßhalb nicht für alle Wetten passend, weil es nicht überall die reine Lust am Wagniß ist, die zum Wetten veranlaßt. Das kann man wohl sagen, wenn gestritten wird, um zu wetten, nicht aber, wenn gewettet wird, um einen Streit zu entscheiden. Mit dieser Bemerkung wird denn auch Puchta's Ansicht von dem Herausgeber seiner Werke, Rudorff, zurückgewiesen (Puchta's Vorlesungen §. 238. Anm. 3), und so ist jener vereinzelte Widerspruch überhaupt ohne Einfluß auf die gemeinrechtliche Doctrin geblieben. In

dieser werden vielmehr durchgängig Wetten, soferne sie nicht in bloße Glücksspiele ausarten, als vollkommen giltige und klagbare Verpflichtungsgeschäfte angesehen und nur die Beschränkung hat im Anschluß an ältere deutsche Rechtsansichten weitverbreitete Anerkennung gefunden, daß Wetten um unverhältnißmäßig hohen Wettpreis unzuläßig oder mindestens zu ermäßigen seien. (Vgl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 10 S. 411—420).

Uebrigens versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß nichternstliche Wetten, wie auf Unsittliches oder Unerlaubtes gerichtete Wetten nicht wirksam sein können. Einige Meinungsverschiedenheit aber ist darüber hervorgetreten, ob es auf Ungewißheit des Gegenstandes der Wette wesentlich ankomme. Mit Recht jedoch hat man, in Uebereinstimmung mit dem im Leben allgemein herrschenden Begriffe, behauptet und ziemlich allgemein anerkannt, daß dieses Erforderniß nicht aufzustellen sei, daß man eben sowohl über gegenwärtige oder vergangene Umstände, als über noch ungewisse zukünftige Ereignisse wetten könne, daß also höchstens nur eine subjektive Ungewißheit der Wettenden über den fraglichen Umstand zu den Voraussetzungen einer giltigen Wette gezählt werden könne. Und auch dieses letzte hat man mit Recht in Abrede gestellt. Es ist eine alltägliche Erfahrung, daß entgegengesetzte Behauptungen als beiderseits auf sicherer subjektiver Kenntniß beruhende einander entgegengesetzt und eben darüber, wessen Kenntniß die richtige sei, Wetten eingegangen werden. Das Einzige also, was man mit einigem Schein behaupten könnte, ist, daß nicht der eine dem andern seine Kenntniß der Wahrheit verhehle und so diesen zu der Wette verleite. Aber auch dieses ist nur richtig, in so weit darin eine Arglist liegt, und diese ist keineswegs in jedem Falle, wenn Jemand eine ausdrückliche Versicherung seiner subjektiven Gewißheit unterläßt, ohneweiters als unzweifelhaft anzunehmen.

Beschränkender bezüglich der Wette, als diese Regeln des gemeinen Rechts sind die Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen. Das französische Gesetzbuch (art. 1965—1967) stellt Spiel und Wette auf gleiche Linie, versagt bei beiden (mit Ausnahme der Spiele qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps) jede Klage auf Erfüllung des Versprochenen, aber auch die Rückforderung des Gegebenen, ausgenommen wenn sich der Gewinnende einer Arglist oder Gaunerei schuldig gemacht hat. Vor ihm hatte das preußische Landrecht (I. 11. §. 579) wegen Wetten eine gerichtliche Klage nur alsdann zuläßig erklärt, „wenn die Wette sogleich baar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung

eines Dritten niedergelegt worden". Dieser Bestimmung hat sich dann im Wesentlichen auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen. „Redliche und sonst erlaubte Wetten sind (nach §. 1271) in so weit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen, sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist". Darin liegt vorerst ausgesprochen, daß der wirklich entrichtete Wettpreis nicht zurückgefordert werden kann. Die Wette ist an sich nicht verbindlich; aber das einer redlichen und erlaubten Wette wegen Gegebene kann nicht als sine causa oder ex injusta causa datum behandelt werden. Es liegt aber ferner darin ausgesprochen, daß die Wette auch dann verbindlich sei, wenn der Wettpreis hinterlegt worden ist. Dieß kann keinen andern Sinn haben, als den, daß der Sieger die Herausgabe des hinterlegten Wettpreises zu fordern und nöthigenfalls darauf zu klagen berechtigt sei, zunächst gegen den Dritten, bei welchem hinterlegt worden, aber dann auch ohne Zweifel gegen den Wettgegner selbst, der etwa eigenmächtig den hinterlegten Wettpreis zurückgenommen, oder dem der Dritte vertragswidrig denselben wieder zurückgegeben hätte. Zwar könnte daran der Schlußsatz des §. 1270: „Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden", irre machen, zumal wenn man damit die obenangeführte Stelle des preuß. Landrechts, die ohne Zweifel den Verfassern des österr. Gesetzbuchs vor Augen lag, vergleicht; man könnte meinen, gerichtliche Forderung sei darnach schlechthin, also auch, um den hinterlegten Wettpreis zu erlangen, ausgeschlossen, während das preuß. Landrecht in diesem Falle, wie in dem, wenn die Wettenden den Wettpreis, ohne Hinterlegung bei einem Dritten, baar gegen einander einsetzen, ausdrücklich für zuläßig erklärt. Aber welche Bedeutung hätte dann noch die Verbindlichkeit der Wette im Fall der Hinterlegung? Es ist einleuchtend, daß hier nur ein Redactionsfehler vorliege. Der Schlußsatz sollte nur sagen, daß wegen des bloß versprochenen Wettpreises keine Klage stattfinde; er sollte den vorhergehenden Satz näher bestimmen, nicht aufheben; er hätte aber allerdings anders gefaßt oder gestellt werden sollen.

Es kann nun ferner auch keinen Zweifel leiden, daß die Wette giltig und verbindlich ist, wenn beide Parteien, jede der andern, vornhinein den Wettpreis eingehändigt haben. Der Wettpreis ist hier dem Gewinnenden voraus wirklich entrichtet; der Verlierende hat das Empfangene auf die condictio sine causa zurückzugeben. Zweifelhafter ist der Fall, wenn nur eine Partei der andern im Voraus den Wettpreis entrichtet hat. War die Verabredung darauf gerichtet, daß es

geschehen solle, und nur die eine Partei hat demgemäß ihren Einsatz gegeben oder hinterlegt, die andere nicht, so kann man wohl sagen, das beabsichtigte Wettgeschäft sei noch nicht bindend zu Stande gekommen, und könne daher die erste Partei, selbst wenn die Wette sich gegen sie entscheidet, das Gegebene zurückfordern. Denn beabsichtigt war ein beide Theile für den Fall des Gewinnens gleichmäßig sicherndes Wettgeschäft nach §. 1271, und gebunden wollte jede Partei durch die Hinterlegung des Wettpreises nur sein, sofern ihr andrerseits auch der zugesagte Gewinn für den Fall, daß sie Recht behalte, gesichert werde. Wenn dagegen die eine Partei ihrerseits den Wettpreis im Voraus der andern hingibt, aber darauf verzichtet, daß dasselbe auch von der andern Seite geschehe, und nun die Wette zu Gunsten des Empfängers sich entscheidet, so kann die erste nicht aus jenem Grunde das Gegebene zurückfordern, und der Empfänger, welcher die Rückgabe verweigert, hat den Wortlaut des §. 1271 für sich. Zwar ist in den Entscheidungsgründen eines oberlandesgerichtlichen Urtheils ganz im Gegentheil behauptet worden, dieß widerstrebe dem Wortlaut des §. 1271 und zugleich dem allgemeinen Grundsatz, daß, wo gesetzlich von bestimmten thatsächlichen Umständen die Giltigkeit eines Vertrags abhängig gemacht ist, auch das zum rechtsgiltigen Bestand des Vertrags Erforderliche geschehen sein müsse (vgl. Gerichtszeitung d. J. S. 48). Allein darin ist offenbar die Giltigkeit des Geschäfts mit der Klagbarkeit desselben verwechselt. Der §. 1271 stellt nicht die Hinterlegung oder Entrichtung des Wettpreises von beiden Seiten als Erforderniß des Daseins einer Wette auf, sondern sagt nur: die Wette sei in so weit verbindlich, als der Preis nicht bloß versprochen, sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden; eine Klage auf den bloß versprochenen Preis soll nicht statt haben. In so weit also der Verlierende den Wettpreis wirklich entrichtet hat, ist die Wette für ihn verbindlich; er kann jenen nicht mit der condictio sine causa zurückfordern. Ob er ihn im Voraus entrichtet hat oder erst, nachdem schon über den Ausfall der Wette entschieden war, das macht nach jenen Worten keinen Unterschied. Wäre obige Gegenargumentation richtig, so müßte consequent behauptet werden, daß auch das, was in Folge einer ohne beiderseitige Voraus-Entrichtung oder Hinterlegung abgeschlossenen Wette hinterher nach Entscheidung derselben gegeben worden ist, zurückgefordert werden könne; denn ohne jene thatsächlichen Umstände wäre darnach die Wette ungiltig, und hätte also der Gewinner das Empfangene ohne allen Rechtsgrund. Im Gegentheil behaupten wir, daß der Geber das Gegebene auch vor Entscheidung

der Wette nicht zurückfordern kann, sondern nur dann, wenn entschieden ist, daß der Empfänger die Wette verloren habe; denn erst dann hat dieser das Empfangene sine causa. Hätte er aber nur in der Erwartung, daß auch von der andern Seite der Verabredung gemäß der Wettpreis im Voraus erlegt werde, seinerseits gegeben, so könnte er wegen Nichterfüllung dieser Erwartung, auf deren Erfüllung ihm eine Klage nicht zusteht, allerdings das Gegebene schon vor der Entscheidung der Wette zurückfordern mit der condictio causa data causa non secuta, und eben deßhalb kann er es auch noch zurückfordern nach der Entscheidung über die Wette, weil das beiderseitig gleichmäßig verbindliche Wettgeschäft, zu dessen Erzielung gegeben war, nicht zu Stande gekommen ist. Von selbst aber versteht sich nun, daß, wenn der Wettpreis beiderseits in einer ganz gleichen Leistung, z. B. einer Summe Geldes, besteht und der eine von beiden Wettenden dem andern diese im Voraus entrichtet, dabei gar nicht die Absicht obwalten kann, daß dasselbe auch von Seiten des anderen geschehe, z. B. der eine dem andern und der andre dem einen 50 fl. als Wettpreis vorauszahle; das wäre ja ein nutzloses fast lächerliches Manoeuvre. So war der Fall beschaffen, der in der Gerichtszeitung a. a. O. mitgetheilt ist; daher erscheint das Erkenntniß erster Instanz, welches die Klage auf Rückgabe der erlegten 50 fl. abwies, in dieser Beziehung wohl begründet, und stimmt damit auch Stubenrauch III. S. 477 Anm. ** überein.

In demselben Rechtsfall kam aber noch ein anderer streitiger Punkt zur Sprache. Der Beklagte hatte zur Zeit der Wette genaue Kenntniß der Thatsache, worüber gewettet wurde, ohne jedoch dieß dem Wettgegner zu verheimlichen. Aus diesem Grunde wurde vom Kläger die Wette als ungiltig angefochten und die Rückzahlung der erlegten 50 fl. in Anspruch genommen. Auch dieses wurde zwar durch das Erkenntniß erster Instanz als unbegründet abgewiesen, das Obergericht aber erkannte dem Begehren des Klägers gemäß auf Rückzahlung der 50 fl., weil die fragliche Wette sowohl aus jenem Grunde nach §. 1270, als nach §. 1271 wegen bloß einseitiger Hinterlegung des Wettpreises ungiltig sei. Und dieses Urtheil ist dann aus dem ersten Grunde auch vom obersten Gerichtshofe bestätigt worden. Der Gegenstand der Wette war gewesen, ob der Beklagte, wie er behauptete, schon im Jahre 1828 zum Militär assentirt worden sei. Diese Thatsache nun konnte, weil sie dem Beklagten zur Zeit der Wette genau bekannt war, nach der in den Entscheidungsgründen des Obergerichts aufgestellten Ansicht, gemäß §. 1270, keinen Gegenstand einer giltigen Wette bilden, weil hierzu ein beiden

Theilen noch unbekanntes Ereigniß erfordert werde, und so wird auch in den Entscheidungsgründen der letzten Instanz von dem Satze ausgegangen, es sei zur Giltigkeit des Glücksvertrags „Wette“ ein wesentliches Erforderniß, daß der Erfolg des betreffenden Ereignisses für die vertragschließenden Theile ungewiß sei. Wäre dieß richtig, so würden wir darin eine erhebliche Abweichung erkennen nicht nur von dem, was oben nach gemeinem Recht als das Richtige ausgeführt worden, sondern auch von dem im täglichen Leben geltenden Begriff der Wette; denn daß über die Richtigkeit von zwei einander entgegengesetzten Behauptungen, die beide mit gleicher Entschiedenheit als gewiß richtig vertheidigt werden, gewettet wird, ist wirklich etwas Alltägliches, und Niemand wird sich besinnen, das eine Wette zu nennen. Sehen wir also, ob das Gesetzbuch wirklich eine solche Abweichung in sich schließe oder sie anzunehmen nöthige? Allerdings sagt der §. 1270 zunächst: „Wenn über ein beiden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird, so entsteht eine Wette“. Dieser Satz könnte etwa argumento a contrario zu dem Schlusse führen, daß, wenn über ein auch nur einem Theile bekanntes Ereigniß gestritten ist, keine Wette entstehe. Allein der §. setzt sofort hinzu: „Hatte der gewinnende Theil von dem Ausgange Gewißheit, und verheimlichte er sie dem andern Theile, so macht er sich einer Arglist schuldig und die Wette ist ungiltig“. Darin liegt vorerst ausgesprochen und anerkannt, was auch dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß ist, daß der B e g r i f f der Wette auch auf den Fall paßt, wenn einer der beiden Theile von dem Ausgang Gewißheit hatte, und sogar auch, wenn er dieß dem andern Theile verheimlichte, so wie der Vertrag noch unter den Begriff des Kaufes fallen kann, wenn der Verkäufer etwa den Käufer über einen Umstand, der diesen zum Kauf bewog, arglistig täuschte. Folglich kann der erste Satz des §. nicht als eine eigentliche Definition der Wette gelten, deren sämmtliche einzelne Merkmale wesentlich seien, um eine Verabredung als Wette bezeichnen zu können. Nun könnte man zwar sagen, jener Satz enthalte aber doch eine Definition der Wette im gesetzlichen Sinn, d. h. einer giltigen Wette, und daher könne eine giltige Wette überall nicht angenommen werden, wo nur eines der angeführten Merkmale fehle. Allein wenn man es in dem ersten Satze mit den Worten so genau nimmt, um darauf ein argumentum a contrario zu stützen, so muß man es auch in dem zweiten Satze eben so halten. Aus diesem aber ergibt sich argumento a contrario folgender Satz:

„Hatte der Gewinnende von dem Ausgange Gewißheit, verheimlichte diese aber nicht dem andern Theile, so macht er sich einer Arglist nicht schuldig und die Wette ist nicht ungiltig, also giltig“. Man hat zwar diesen Schluß angefochten, weil der Abgang der Arglist nicht allein in dieser einen Beziehung maßgebend sei. Aber diese Einwendung würde nur dann stichhaltig sein, wenn der Satz aufhörte mit den Worten: „so macht er sich einer Arglist schuldig“. Da aber noch hinzugesetzt wird: „und die Wette ist ungiltig“, da ferner im Vordersatz die Thatsache des Wissens und der Verheimlichung copulativ gesetzt sind, so ist jenes argumentum a contrario mindestens eben so berechtigt, als dasjenige, das man aus dem ersten Satze des §. ableitet, um so mehr, da die Verbindung des Zusatzes „und die Wette ist ungiltig“ deutlich genug zu verstehen gibt, daß die Wette eben deßhalb ungiltig sei, weil sich der Gewinnende durch die Verheimlichung einer Arglist schuldig macht.

Man hat auch in dem Wortlaut des folgenden §. 1271 eine Stütze für die gegnerische Meinung finden wollen, weil darin „redliche und sonst erlaubte Wetten“ unterschieden werden. „Redliche Wetten seien nämlich mit Hinblick auf §. 1270 solche, wobei keine Arglist gebraucht wurde; erlaubte, welche über ein beiden Theilen noch unbekanntes Ereigniß verabredet worden sind“. Dieß ist aber ein offenbarer Mißgriff. Gehört es zum Begriff der Wette, daß das Ereigniß beiden Theilen unbekannt sei, so sind Verabredungen über ein Ereigniß, das einem Theil bekannt ist, nicht einmal unerlaubte Wetten, und es wäre wahrlich sehr wunderlich, wenn die Verfasser des Gesetzbuchs durch das Prädicat „und sonst erlaubte“ an jene Voraussetzung der beiderseitigen Unbekanntschaft hätten erinnern wollen. Offenbar sollte durch jenen Zusatz nichts anders ausgedrückt werden, als daß Wetten, welche eine ungesetzliche oder unsittliche Tendenz haben, nach den Grundsätzen in §. 698. 897. 898., nichtig seien, z. B. wenn über Begehung eines Verbrechens gewettet würde, oder in Beziehung auf verbotene Spiele und zur Umgehung der betreffenden Verbote.

Endlich wenn man auch zugeben müßte, daß nach der gesetzlichen Definition in §. 1270 die subjektive Ungewißheit beider Theile über das fragliche Ereigniß zum Begriff der Wette gehöre, so würde daraus doch nicht folgen, daß Wetten über ein einem Theile bekanntes Ereigniß, wenn er auch von seiner subjektiven Gewißheit kein Hehl macht, ungiltig seien. Man könnte dann nur sagen, über solche (nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sogenannte) Wetten fehle es im Gesetzbuch an jeder

Bestimmung und könnten daher nur die allgemeinen Vorschriften über Verträge zur Anwendung kommen. Da nun diese Vorschriften nichts enthalten, woraus man ableiten könnte, das Versprechen: „ich zahle die 50 fl., wenn das, was du gewiß zu wissen behauptest, sich wirklich als wahr erweiset", sei ungiltig: so würden wir vielmehr zu dem frappanten Resultate kommen, daß dergleichen Wetten nicht nur wie „Wetten im gesetzlichen Sinne" giltig seien, sondern sogar auch eine klagbare Verbindlichkeit erzeugen. Es ist zwar auch gesagt worden: es liege in der Natur von derlei Verträgen, daß, wo nicht das Ereigniß, über welches gewettet wird, für beide Theile ungewiß sei, der wirklich Unwissende gar nicht die Absicht hatte, seinen Einsatz dem wissenden Gegner zu überlassen. Aber dieß ist einfach — nicht wahr, und wird, wie schon oben angedeutet, durch die tägliche Erfahrung widerlegt. Jeder, glaube ich, der nur eine Ader von Rechthaberei in sich hat, wird sich erinnern, daß er schon mehr als einmal über etwas, was er ganz gewiß zu wissen glaubte und behauptete, mit dem vom Gegentheil eben so überzeugten Gegner eine Wette eingegangen ist oder wenigstens eine solche angeboten hat, mit der vollkommen ernstlichen Absicht, den Wettpreis, wenn er sich dennoch irren sollte, wirklich zu entrichten, welcher eben so auch von der andern Seite die gleiche ernstliche Absicht entsprach.

Nach allem diesem müssen wir behaupten, daß in dem oben erwähnten Rechtsfall das Urtheil erster Instanz vollkommen sachgemäß war, daß überhaupt die früher angedeuteten Grundsätze des gemeinen Rechts auch nach österreichischem Rechte zu beachten sind, nur mit dem freilich sehr erheblichen Unterschiede, daß die Wette an sich nach österreichischem Rechte keine klagbare Verbindlichkeit erzeugt. Damit stimmt dann auch Stubenrauch III. S. 477 überein, indem er sagt:

> „Hätte der Gewinnende die Gewißheit seiner Ueberzeugung nicht verheimlicht, so würde der Gegentheil, der nur aus Zweifelsucht oder Starrsinn auf seiner Behauptung beharrte, sich den ihn treffenden Verlust nur selbst zuzuschreiben haben, und die Wette scheint giltig zu sein, da hier dem Gewinnenden keine Arglist zur Last fällt".

Ich wünsche und hoffe durch obige Ausführung diese Bemerkung in dem Maße unterstützt zu haben, daß man nicht ansteht, das zweifelnde „scheint" in ein positives „ist" zu verwandeln. Was aber Stubenrauch daselbst noch in Beziehung auf den Fall, wenn „beiden Theilen der Ausgang der Wette in vorhinein bekannt war", hinzufügt: dieß würde wohl, „als dem Wesen der Wette widersprechend, diese jedenfalls

ungiltig machen", kann ich nicht unterschreiben, in sofern etwa des Verfassers Meinung ist, diesen Fall von dem zu unterscheiden, wenn nur dem Verlierenden der Ausgang bekannt war. Da nämlich, wenn beiden Theilen der Ausgang bekannt war, derselbe jedenfalls auch dem Verlierenden bekannt war, so kommt einfach der Schlußsatz des §. 1270 zur Anwendung:

„Der verlierende Theil aber, dem der Ausgang vorher bekannt war, ist als ein Geschenkgeber anzusehen". *

---

25.

## Ipse dolus und quasi dolus? **

Ein Aufsatz von Dr. Asher in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XXII. Nr. VIII., die mit diesem Bande aufhört, beschenkt die classische Jurisprudenz der Römer mit zwei neuen technischen Ausdrücken und Begriffen: ipse dolus und quasi dolus. Es lohnt sich wohl der Mühe, dieses Geschenk, ehe es acceptirt und jene Terminologie recipirt wird, etwas genauer anzusehen.

Der „ipse dolus" ist vom Verfasser entdeckt in L. 1. §. 22. D. depos. 16. 3. Die Stelle sagt:

Est autem et apud Julianum libro tertio decimo Digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere; hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.

Der Verfasser scheint hoc als Accusativ mit facere zu verbinden; ipso faßt er ausdrücklich als Beiwort von dolo auf, und dieser ipse dolus ist ihm der „eigentliche dolus", „eine dolose Handlung" (S. 279). Und so begegnet uns der ipse dolus im Verlaufe der Abhandlung netto noch siebenmal als terminus technicus. Aber: „iniustitia cuius in mente consedit, hoc ipso, quod adest, turbulenta est" sagt Cicero de fin. I. 16., und „si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est" Ulpian in L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3., auch wahrscheinlich „hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere ratihabitionem" Marcianus in L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. (vergl. Arndts Pand. §. 78. Anm.) So gehört unzweifelhaft auch in

* Oesterr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1861. Nr. 101. 102.
** Lehrb. §. 250. Anm. 2.

obiger Stelle hoc ipso zusammen (Dirksen man. lat. v. Ipse). Der Sinn derselben ist: Eben dadurch handelt der Empfänger der hinterlegten Sache widerrechtlich (dolo facit), daß er nicht auf Verlangen dieselbe zurückgibt.

Dolo (dolo malo, dolose) facere, ohne Accusativ kommt so häufig vor, daß es überflüssig ist, Belegstellen dafür anzuführen; man vergl. nur z. B. L. 2. D. de doli mali except. 44. 4.

Mit dem ipse dolus ist es also Nichts. Nicht bessere Bewandtniß hat es mit dem quasi-dolus.

Dem Verfasser ist es in hohem Grade wahrscheinlich, daß Gaius für den erweiterten Dolusbegriff diesen eigenen Kunstausdruck vorfand; er findet ihn in L. 18. pr. (nicht L. 13. pr., wie S. 299 fehlerhaft gedruckt ist) D. commod. 13. 6. aus Gai. lib. IX. ad ed. provinciale. Nachdem zuerst die Regel aufgestellt und erläutert ist, daß „in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet“, fährt die Stelle fort:

Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, .... scriptum quidem apud quosdam invenio quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit.

„Es ist gewiß unwahrscheinlich“, sagt der Verfasser, „daß die beiden Worte quasi und dolus sich hier zufällig zu einem überaus passenden Kunstausdrucke zusammengefunden haben“. Bedenkt man, wie selten selbst quasi-possessio als Substantivum in den Quellen vorkommt, so ist vielmehr gewiß unwahrscheinlich, daß schon vor Gaius quasi-dolus als Kunstausdruck recipirt war, noch unwahrscheinlicher aber, daß derselbe, wenn einmal als „überaus passender“ recipirt, später, wie der Verfasser meint, dem Worte dolus gewichen sei. Die Unwahrscheinlichkeit, auf die der Verfasser Gewicht legt, setzt aber zudem eine unmögliche Emendation oder Ergänzung der Stelle voraus. „Scriptum invenio, quasidolum tantum praestare debeas“? Das geht nicht an. Der Verfasser glaubt daher, es sei hier „ein ut oder etwas derartiges ausgefallen“. Also: „Scriptum, ut quasidolum praestare debeas“? Das geht doch wahrlich auch nicht an. Auch quod oder sonst „etwas derartiges“ würde sich Gaius, aus Respect vor den Grammatikern, schwerlich in diesem Zusammenhange erlaubt haben; er würde geschrieben haben, te quasidolum tantum praestare debere. Er hat aber geschrieben: „quasi dolum tantum praestare debeas“ d. h. „ich finde bei Einigen die Ansicht ausgesprochen, als ob du nur dolus zu

präſtiren ſchuldig ſeieſt". Dieſer Gebrauch des Wörtchens quasi iſt ſo unbedenklich (vergl. Dirksen l. c. v. quasi), daß es wahrlich vergebliche Mühe iſt, auf eine Emendation der Stelle zu ſinnen.

Alſo mit dem quasi dolus iſt es ebenfalls Nichts. Damit fällt von ſelbſt, was etwa aus jenen Begriffen abgeleitet wird. Das allerdings bleibt wahr, daß die Römer das Wort dolus bald in einem engeren Sinne nehmen, für bewußt widerrechtliches Verhalten, das man immerhin eigentlichen dolus nennen mag, bald in einem weiteren Sinne, wornach es auch die lata culpa in ſich begreift; das bedarf keines Beweiſes, weil Niemand es bezweifelt; nur darf man dabei nicht überſehen, daß auch ein eigentlicher Dolus nicht bloß durch eine Handlung, ſondern auch durch Unterlaſſung begangen werden kann. Daß aber jener erweiterte Dolusbegriff im Commodate ausgebildet und von dort in die Depoſitumslehre übertragen worden ſei, das wird durch L. 18. pr. cit. nicht nur nicht, wie der Verfaſſer S. 299 ſagt, ſehr wahrſcheinlich gemacht, ſondern beinahe „mathematiſch" widerlegt. Es iſt auch außerdem unwahrſcheinlich. Bei dem Depoſitum gab das Edict ſelbſt Veranlaſſung, zu unterſuchen, wer eines Dolus ſich ſchuldig mache, und ſo kam man dazu, auch die lata culpa als dolus zu qualificiren. Bei dem Commodatum, wo die Hauptverpflichtung regelmäßig für jedes Verſehen verantwortlich macht, nur ausnahmsweiſe der Empfänger bloß für grobes Verſchulden haftet, wie der Depoſitar, war ſolcher Anlaß weniger geboten. Stellte der Prätor, wie Gai. IV. 47. angibt, auch für die actio commodati directa neben der formula in ius concepta eine formula in factum concepta auf, ſo wird es darin geheißen haben: „utendam dedisse eamque culpa" (anſtatt „deposuisse eamque dolo malo") „Numerii redditam non esse", und ob auch für die contraria commodati actio eine formula in factum concepta aufgeſtellt war, in welcher allerdings das „dolo malo" ebenſowohl wie in der formula der directa depositi actio, hätte Platz finden können, iſt ſehr zu bezweifeln. In der formula in ius concepta genügte überall das „dare facere oportet ex fide bona"; die Jurisprudenz entſchied, daß beim Commodat regelmäßig ſchon levis culpa, beim Depoſitum nur dolus (et lata culpa) des Empfängers ex fide bona zum Erſatz verpflichtete.

Ueber die Einbeziehung der lata oder latior culpa unter den Begriff dolus wird uns gerade in Beziehung auf das Depoſitum von einer Meinungsverſchiedenheit innerhalb der Schule des Labeo Kunde gegeben in L. 32. (nicht, wie S. 292 zu leſen iſt, L. 23.) D. depos. 16. 3.,

von einer Meinungsverschiedenheit unter zwei Häuptern dieser Schule, Nerva (dem älteren) und Proculus[1]. Der jüngere Celsus sagt: Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Der Verfasser travestirt dieß „mit anderen Worten: Nerva und Proculus fragen: ‚Ist die Depositumsklage eine Contracts- oder lediglich eine Delictsklage?‘ Proculus entscheidet sich für das letztere.“ Genauer erklärt sich der Verfasser weiter unten (S. 296) dahin, daß selbst nicht einmal zwischen Sabinus und Proculus ein Streit um die Contracts- und Delicts-Natur des Depositums bestanden habe. „Das Depositum, sagt er, erschien in älterer Zeit lediglich als ein Ereigniß, das im normalen Falle nicht einmal rechtliche Folgen nach sich zog. Was dadurch erzeugt wurde, war nur die locale Nähe des Depositars zur deponirten Sache. Eine rechtliche Beziehung konnte aus der localen Nähe nur dann erwachsen, wenn der Depositar sie sich zu Nutze machte, um einen Verstoß gegen die allgemeinen Pflichten rechtlicher Menschen, einen dolus malus zu begehen. Zu diesen allgemeinen Pflichten gehörte aber nicht allein die, sich der Sache nicht zum eigenen Gebrauche zu bemeistern, sondern auch die, auf die Forderung des Berechtigten die Sache wieder herauszugeben“. Indem nun aber Sabinus in L. 11. D. depos. in Beziehung auf das Depositum von Seiten eines Sclaven sich der Anschauung hingab, mit den allgemeinen Pflichten sei nur dasjenige Herausgeben an den Sclaven verträglich, bei dem auch die grobe Nachlässigkeit vermieden sei, nicht auf evidente Wahrscheinlichkeit der Veruntreuung zu achten, gelangt er unversehens dahin, „neben der rein negativen Pflicht der Vermeidung der perfidia auch eine positive Pflicht zur bona fides anzunehmen, und so wird, ohne daß er es sich selbst eingesteht, die Delicts- zur Contractsklage, die Klage aus dolus malus zum bonae fidei iudicium“. Proculus hingegen hat nach des Verfassers Meinung die reine Delictsnatur strenge festgehalten. Es ist zu verwundern, daß der Verfasser nicht den Einfall gehabt hat, damit eine vielbesprochene Stelle der Institutionen,

[1] Was den Verfasser berechtigt, bei der Anführung dieser Namen hinzuzusetzen: „beide gegen Ende der Regierung des August und unter Tiberius“, ist mir unbekannt. Nerva starb a. u. 786, 19 Jahre nach dem Tode des August, durch freiwilligen Hungerstod, und »Nervae successit Proculus« sagt Pomponius in L. 2. §. 47. D. de O. J. Wenn nun auch damit gesagt sein sollte, daß Proculus Nerva's Nachfolger im Staatsrath des Princeps gewesen sei, so hätte er seit dem Tode des Augustus immerhin 19 Jahre Zeit gehabt, um ein angesehener Jurist zu werden; so viel hat Savigny nicht bedurft zur Erlangung einer »auctoritas maior« unter seinen Zeitgenossen. Und wenn Proculus noch ein Zeitgenosse des Javolenus Priscus und des jüngeren Plinius war, so wird er wohl gegen Ende der Regierung des Augustus kaum schon ein angehender Jurist gewesen sein, so wenig wie Savigny etwa zu Kaiser Joseph's Zeiten. Vergl. Rudorff in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft XII. S. 336—339.

§. 1. I. de perpet. et temp. act. 4. 12., in Verbindung zu bringen. War die Depositumsklage nach der Ansicht des Proculus eine reine Delictsklage, so war es ganz consequent, daß der Erbe des Depositars ex dolo defuncti nur in id quod ad eum pervenit haftete, und wenn nun Theophilus als Beispiel für das „aliquando . . . ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit“ das Depositum anführt, so könnte er ja sehr wohl in einer Schrift des Proculus die Berechtigung dazu gefunden haben. Eine solche Combination wäre ganz entsprechend der scharfsinnigen Weise, wie der Verfasser S. 294 herausbringt, daß sich merkwürdiger Weise von jener alten vor Sabinus gemeingiltigen und später auch noch von den Proculianern eine Zeitlang vertheidigten Ansicht gerade bei einem Sabinianer der reinste Ueberrest erhalten habe. Bei Gaius nämlich III. §. 207. lesen wir: Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo fecerit. Die Stelle findet sich buchstäblich wieder in Justinian's Institutionen (IV. 1. §. 17., nicht §. 16.), nur mit der Aenderung sed tantum für tantumque und dem Zusatze malo zu dolo; die Einschaltung aber ist, so meint der Verfasser, „unmöglich anders zu erklären, als daß Justinian auf die Quelle, aus der Gaius geschöpft, zurückgegangen ist und dort das Wort malo gefunden hat“. Ihm erscheint dieser Zusatz als eine wichtige Emendation, und die Stelle in dieser Form als „das beste aller erhaltenen Denkmale von der vorsabinianischen Depositumslehre“, und er trägt kein Bedenken, sie dem Qu. Mucius zuzuschreiben. „Ihr Sinn bedarf wohl keines Commentars“, sagt der Verfasser. Damit bin ich einverstanden, aber um so mehr scheint mir des Verfassers Ausführung darüber eines Commentars bedürftig zu sein, oder vielmehr, um aufrichtig zu sein, ich besorge, daß der weitläufigste Commentar nicht vermöge, einen Sinn herauszubringen. Ulpian lehrt in L. 14. §. 3. (nicht §. 5.) D. de furt. 47. 2. ganz dasselbe, wie Gaius a. a. O., indem er auch nur des Wortes dolus ohne den Zusatz malus sich bedient. Es ist mir unbegreiflich, wie der Verfasser darin eine durchgreifende Aenderung erkennen mag, im Gegensatze zu welcher Gaius nur mit dem Auslassen des Wortes malo sich begnügt habe, „was freilich für seinen Zweck die Hauptsache war“ (S. 295). Es ist mir auch unbegreiflich, was Gaius mit diesem Auslassen konnte bezwecken wollen und erreichen. Ist doch in unzähligen Stellen von dolus schlechthin die Rede und doch nichts anderes als dolus malus zu verstehen, und nur darum non fuit contentus Praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam

veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant (L. 1. §. 3 D. de dolo. 4. 3). Mit oder ohne malo hat die Stelle des Gaius ganz und gar denselben Sinn. Vollends mißlich aber für den Verfasser ist es, daß Huschke (iurisprud. anteiust. p. 243) mit gutem Grunde auch in der Stelle des Gaius das malo nach dolo restituirt, indem er damit zugleich die Entstehung des unbrauchbaren handschriftlichen praestatum in der vorhergehenden Zeile erklärt. Damit wäre denn „das beste aller Denkmale" vollends zerstört. Doch kehren wir zurück zu dem, quod Proculo displicebat, wie L. 32. D. depos. berichtet.

Daß Proculus entgegen der Ansicht der Sabinianer und anderer Proculianer überhaupt der Meinung gewesen sei, die lata culpa sei überall nicht gleich dem dolus zu behandeln, dafür gibt die L. 32. cit. keineswegs einen ganz sicheren Beweis. Celsus, der die Ansicht des Altmeisters Nerva gegen den jüngeren Proculus vertheidigt, faßt insbesondere den Fall ins Auge, wenn Jemand, der überhaupt nicht ein diligens paterfamilias ist, nicht einmal das Maß der von ihm in eigenen Angelegenheiten bewiesenen Sorgfalt angewendet hat. Es ist sehr wohl möglich, daß die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange überhaupt nur darauf sich bezog. Daraus würde sich auch der Comparativ latiorem culpam erklären, der vielleicht nur durch ungeschicktes Zerreißen des Zusammenhanges seine Beziehung verloren hat. Wenn man aber auch L. 32. cit. so erklärt, wie Hasse von der Culpa S. 195 fg. (2te Auflage), so folgt daraus keineswegs, daß Proculus die Depositumsklage als eine Delictsklage, nicht als bonae fidei actio ansah. Belehrt uns doch derselbe Hasse S. 365, daß bona fides im engeren Sinne gerade den Gegensatz von dolus bezeichnete, und führt unter anderen eben die L. 32. cit. zum Beweise dafür an. Wäre der Streit darum gewesen, ob Delictsklage, ob bonae fidei actio? so wäre die Argumentation des Celsus gegen Proculus nichts weniger als schlagend, indem sie damit schließt: „nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit". Der Streit war darum, ob jene latior culpa auch schon gegen die Fides verstoße, die dieses Contractsverhältniß erheischt. Das verneinte Proculus, die übrigen bejahten es, und es wurde die herrschende Meinung. Eine Delictsklage konnte dennoch auch Proculus in der Depositumklage schon darum nicht erkennen, weil diese nach der ausdrücklichen Bestimmung des Edicts auch gegen den Erben ex dolo defuncti „in simplum", d. i. in solidum simplum, nicht nur in id quod ad eum pervenit, stattfand und aus

demselben Grunde war selbst die actio depositi tumultus causa facti nicht lediglich eine Delictsklage.

Mir scheint hiernach die Grundlage der Beweisführung für das vom Verfasser behauptete Verhältniß der actio depositi mit formula in factum concepta zu der mit formula in ius concepta von sehr schwächlicher Beschaffenheit zu sein. Er behauptet, die erste allein sei, in Beziehung auf das Depositum tumultus causa, eine civilrechtliche Klage, und dann nur, mit Beschränkung auf das simplum, weiter auch auf das einfache Depositum ohne Fiducia ausgedehnt worden, die andere aber sei lediglich eine Schöpfung des prätorischen Rechtes, und auch nachdem das Institut seine Vollendung erreicht, sei die formula in factum concepta die hauptsächliche Klage geblieben, die formula in ius concepta habe nur für einzelne Ausnahmsfälle gedient, diejenigen vorzüglich, wo dem Depositum eine Gegenforderung ex eadem causa entgegenstand. Um diese Behauptung aufrecht zu halten, muß der Verfasser zum guten Schluß (S. 307. fg.) sich noch in Widerspruch setzen „mit einem Sprachgebrauche, der in den Schriften über römischen Civilproceß der übliche ist", und „die zum Theile ausgezeichneten Männer", denen er entgegentritt, eines Mißverständnisses einer Stelle des Gaius überführen, indem er selbst eine Erklärung derselben gibt, die seiner Meinung nach zwar die einzige grammatisch gerechtfertigte ist, meines Erachtens aber denselben Charakter der Leichtfertigkeit an sich trägt, wie die Erfindung des ipse dolus und des quasi dolus. Gaius IV. 45. sagt: „Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum (decidi oportere, in) quibus iuris civilis intentio est", und bemerkt dann im Gegensatze dazu §. 46: „Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed" etc. Der Verfasser paraphrasirt den letzten Zusatz des §. 45 mit den Worten: „In diesen drei Beispielen ist das behauptete ius ein aus dem Civilrecht hervorgehendes". Der §. 46. aber ist nun nach des Verfassers Meinung bisher mißverständlich so ausgelegt worden, als laute er: in quibus nulla talis (sc. iuris civilis) intentio est, während es doch darin heiße: nulla talis intentionis c o n c e p t i o. Nur die F a s s u n g der intentio werde als das unterscheidende Merkmal der beiden Arten der Formula bezeichnet; nur die Form, nicht der Inhalt der intentio; ihrem Inhalte nach könne auch in der formula in ius concepta die intentio ebensowohl die Behauptung eines Rechtes

iure honorario als iure civili enthalten; „die Klagen mit intentio iuris civilis sind nur Beispiele der Abfassung der intentio in ius concepta“ (S. 308 fg.).

Die Erwartung, daß, „nachdem das Mißverständniß einmal aufgeklärt worden, die hier aufgestellte Interpretation wohl schwerlich werde bezweifelt werden“, muß ich vereiteln. Daß die Diction des Gaius nach dieser Interpretation nicht von Tadel frei sei, räumt der Verfasser selbst willig ein; „denn sonst wäre das Mißverständniß nicht so allgemein“. In welchem Maße sie tadelhaft sei, das hat er sich wohl nicht klar vor Augen gestellt; denn sonst hätte er vielleicht erkannt, daß vielmehr seine Interpretation nicht vom Tadel frei sei, anstatt den Tadel auf Gaius zu werfen, der doch sonst nicht übel zu schreiben versteht, wenn wir dem Urtheile von Rechtsgelehrten, die sich zugleich durch ihre philologischen Kenntnisse vor Anderen auszeichnen, wie Böcking und Huschke, vertrauen dürfen. Nach jener Interpretation erscheint der Zusatz: „in quibus iuris civilis intentio est“ als eine ganz unnöthige gelegentliche Bemerkung, und zwar als eine verfängliche Bemerkung, weil sie den Leser verleiten muß, ihr eine materielle Beziehung zu dem Vorhergehenden beizulegen und zu glauben, wie bisher Alle geglaubt haben, daß der formula in ius concepta eine civilis iuris intentio wesentlich gewesen, oder nur, wo eine solche statthaft war, eine formula in ius concepta gegeben worden sei. Wollte Gaius noch der Vorstellung Raum geben, daß es auch solche Formulä ohne eine intentio iuris civilis gebe, so mußte er, um jenes Mißverständniß abzuwehren, auch dafür ein Beispiel anführen und dann etwa hinzusetzen: „in quibus intentio iuris honorarii est“. Der Fehler wird noch größer, wenn man den §. 46. herbeizieht. Die Worte: „in quibus nulla talis intentionis conceptio est“ bilden handgreiflich den Gegensatz zu dem Schlußsatze des §. 45. Nun kann hier zwar das Wort talis grammatisch sowohl als Nominativ zu conceptio wie als Genitiv zu intentionis bezogen werden. Aber das erste ist nicht wahrscheinlich, weil zu conceptio schon nulla als Beiwort gehört; Gaius würde, wenn er sich jene Wortverbindung gedacht hätte, wohl lieber gesagt haben: „in quibus non est talis intentionis conceptio“, oder noch sicherer: „talis conceptio intentionis“. Viel näher liegt es, talis als Genitiv mit intentionis zu verbinden. Talis intentio aber heißt in diesem Zusammenhange eine intentio iuris civilis, und so sagt denn §. 45. buchstäblich: in factum conceptae formulae sind solche, in welchen keine intentio iuris civilis vorkommt. Und abermals noch größer erscheint der Dictions-

fehler des Gaius, wenn man mit dem Verfasser annimmt, jener habe die actio depositi mit formula in ius concepta als eine prätorische Klage im Sinne gehabt, in welcher nicht iuris civilis intentio vorkam, die aber gleichwohl in ius concepta sei. Gaius gibt bald nachher diese Formel an (§. 47.), mit der Intentio: „quidquid dare facere (paret) oportere ex fide bona". Nun ist in dem „dare facere oportere" doch jedenfalls auch das „dare oportere" enthalten. In §. 45. aber bezeichnet er das letzte als iuris civilis intentio. Wie konnte er da von einem Leser erwarten, daß er dennoch bei §. 47. denke, ja nur für möglich halte, in der hier vorgelegten formula in ius concepta sei die intentio nicht iuris civilis? Daß Gaius von dem Vorwurfe einer solchen lata culpa in seiner Schreibweise freizusprechen, daß vielmehr seine Meinung ist, die formula in ius concepta enthalte stets eine iuris civilis intentio, das wird zum Ueberflusse noch bestätiget durch L. 6. D. de praescript. verb. 19. 5., wo mit den Worten civili intentione agendum est auf die praescriptis verbis actio verwiesen wird, der unzweifelhaft eine formula in ius concepta entsprach, obwohl sie in anderer Beziehung auch in factum actio hieß; ferner durch L. 16. §. 1. eod. in den Worten: „nullam iuris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse", worin offenbar an den Gegensatz der actio praescriptis verbis mit formula in ius concepta und einer actio in factum concepta gedacht, vielleicht sogar actionem anstatt intentionem interpolirt ist; und daß die actio praescriptis verbis eine civilis actio war, ist sonst noch mehrfach bestimmt ausgesprochen (L. 8. 9. D. eod. L. 7. §. 2. D. de pactis 2. 14. L. 23. D. comm. div. 10. 3.)

Jedoch: die hier vertheidigte Auffassung der formula in ius concepta soll ja die Autorität des Cicero geradezu gegen sich haben? So sagt der Verfasser S. 307. Wir lesen nämlich bei Cic. de off. III. 15.: „Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut (in) tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona". Der Verfasser nun scheint sich bei den Worten „sine lege iudiciis" solche iudicia zu denken, welche sine lege stattfinden, d. h. nach seiner Auffassung, welche nicht aus den XII. Tafeln oder einer andern Lex, weder direct noch durch Vermittlung der Jurisprudenz, entlehnt und darum nicht iuris civilis sind. Darnach wären denn sämmtliche actiones bonae fidei nicht civiles actiones gewesen. Wie dieses mit unseren juristischen Quellen zu vereinigen wäre, ist nicht abzusehen. Man

vergleiche nur L. 7. D. de pact. 2. 14. Gai. IV. §. 62. und die ganze Theorie der obligationes quae consensu fiunt. Der Verfasser faßt den Begriff des ius civile, wie er etwa im Gegensatze von ius gentium, nicht wie er im Gegensatze gegen das ius honorarium zu fassen ist, und sieht darum alle iudicia, die nicht auf eine lex sich gründen, als nicht civile an (vergl. L. 7. D. de iust. et iure. L. 5. D. de pignor. 20. 1. §. 1. J. de obl. 3. 13.). Er construirt auch die Stelle des Cicero meines Erachtens unrichtig. Cicero sagt, der dolus malus sei vindicatus a) et legibus, d. h. durch leges, welche ausdrücklich denselben ahnden, b) et, sine lege, iudiciis, in quibus additur ex fide bona, d. h. auch ohne eine in einer Lex festgesetzte Ahndung, in den iudiciis bonae fidei; wobei nicht gesagt ist, daß diese non ex lege iudicia, nicht aus einer Lex, weder direkt noch durch Vermittlung der Jurisprudenz, abgeleitet seien[2]. Und wenn auch Cicero's Andeutung der Erklärung, die der Verfasser von Gaius IV. 45. 46. gibt, einigen Schein verliehe, wir könnten sie doch nicht annehmen, weil in diesen Dingen die Autorität des Gaius mehr gilt, als die des Cicero. Bei Gaius finden wir noch einmal den Ausdruck iuris civilis intentio in besonderer Beziehung auf in personam actio, und auch hier ist er offenbar gleichbedeutend mit in ius intentio, formula, quae in ius habet intentionem, gleichbedeutend mit formula, quae iuris civilis habet intentionem (Gai. IV. 106. 107.), und wenn nun das Edict nach Gai. IV. 47. für die actio depositi, wie für andere bonae fidei actiones, eine formula in ius concepta aufstellte, so ist es unmöglich anzunehmen, daß diese „eine spätere rein prätorische Schöpfung", daß diese depositi actio eine Klage sei, welche nicht ex legitima et

[2] Eben so wie unser Verfasser construiren freilich auch Andere. Dernburg (Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 471., Compensation S. 63.) sagt: Cicero stelle die bonae fidei iudicia als sine lege iudicia den durch die Gesetze eingeführten actiones entgegen. Allein er nimmt selbst das iudicium fiduciae davon aus, das er in den zwölf Tafeln begründet hält, und sagt daher „die übrigen b. f. iud." Und doch nennt Cicero (III. 17. §. 70.) jenes mitten unter den übrigen b. f. iudicia als eines derjenigen, in welchen nach des Q. Mucius Scaevola Ausdruck bonae fidei nomen versabatur, obwohl nach III. 15. dabei die Formula die Worte enthielt: »ut inter bonos agier«, und stellt hier dieselbe eben so wie die iudicia mit der Formula »ex fide bona« offenbar in Gegensatz mit den Fällen, wo dolus malus legibus erat vindicatus. Auch stellt er III. 17. §. 69. entgegen: »aut lege sanciri aut iure civili«, wo unter dem letzten alles Gewohnheitsrecht verstanden ist. Uebrigens stimmt Dernburg mit dem Verfasser zwar darin überein, daß er bezüglich der Ausbildung der b. f. iudicia dem prätorischen Edicte einen entscheidenden Einfluß zuschreibt, vermeidet es aber vorsichtig, das ius civile im engeren Sinne mit dem ius praetorium ganz zu vermischen. Er sagt (Compens. S. 64.): Der formula in ius concepta habe sich der Prätor bedient, wenn sich im Leben über ein Verhältniß allseitig anerkannte Rechtssätze gebildet hatten, wo man, noch ehe der Prätor eine Klage proponirt hatte, ein objektives Recht zugestand, also ein ius (civile), das nicht blos tuitione praetoria bestand. Wollte aber unser Verfasser etwa entgegnen, er sage (S. 307) auch nicht mehr, als daß die formula in ius concepta eine rein prätorische Schöpfung sei, so möchte das wohl mit gutem Fug von allen Formulä behauptet werden können. Vgl. übrigens Demelius, Ztschr. f. Rechtsgesch. II. S. 178 fg.

civili causa descendit, sondern quam praetor ex sua iurisdictione comparatam habet, quae ex propria ipsius iurisdictione pendet, non ipso iure competit, sed a praetore datur (§§. 3. 6.—12. J. de act. 4. 6. Gai. IV. §§. 100.—102.). Vielmehr war unzweifelhaft die formula in ius concepta die regelmäßige Form der depositi actio, als des Rechtsmittels zur Geltendmachung der civilis obligatio ex contractu. Eine formula in factum concepta stellte das Edict neben jener für solche Fälle auf, in denen eine iuris civilis intentio nicht anwendbar war, vorzüglich wohl für hausunterthänige Personen, welche eine Sache in Verwahrung gegeben oder ausgeliehen hatten (L. 9. 13. D. de O. et A. 44. 7. Rudorff Rechtsgesch. II. S. 172. Anm. 30—32).

Mehr Beachtung als die bisher besprochenen Ausführungen des Verfassers verdient ein anderer Versuch, zu beweisen, daß eine depositi actio als Contractsklage, und eben so commodati actio, zu Cicero's Zeit noch nicht ausgebildet war, abgesehen von dem depositum oder commodatum cum fiducia (S. 299 fg.). Diese Beweisführung beruht in einer Vergleichung der Aufzählung der bonae fidei iudicia, die wir bei Cic. de off. III. 17. und de nat. Deor. III. 30. finden, mit derjenigen bei Gai. IV. 62., sodann in Vergleichung der Angabe der actiones famosae in der lex Julia municipalis (a. u. 709.) lin. 108—125 mit derjenigen in L. 1. pr. D. de his qui not. infam. 3. 2. nach dem Edicte. Bei Cicero findet sich als iudicium (arbitrium) bonae fidei zwar das arbitrium fiduciae, nicht aber depositi und commodati aufgeführt, bei Gaius aber erscheinen unter den bonae fidei iudicia neben dem iudicium fiduciae auch das iudicium depositi und (nach der aus §. 28. J. de action. 4. 6. entlehnten unbedenklichen Ergänzung der lückenhaften Stelle) das iudicium commodati und pignoris dati. Als infamia notatus ferner erscheint in der lex Julia municipalis zwar der iudicio fiduciae, nicht aber der iudicio depositi condemnatus; in L. 1. pr. cit. fehlt natürlich der erste, dagegen kommt darin der zweite vor (vergl. L. 6. §. 6. eod. L. 10. Cod. depos. 4. 34.). Dieß begründet nun allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß zu Cicero's Zeit eine actio pignoris dati als Contractsklage noch nicht gegeben war, daß vielmehr in allen diesen Fällen nur fiduciae actio helfen konnte, welche voraussetzte, daß eben cum amico oder cum creditore fiducia contracta erat (Gai. II. 60.). Aber mehr als Wahrscheinlichkeit gewährt es jedenfalls nicht, schon deßhalb nicht, weil nicht sicher ist, daß Cicero a. a. O. vollständig alle damaligen bonae fidei iudicia angeben wollte und angegeben habe; er erwähnt z. B. nicht des

iudicium familiae erciscundae, das (e lege XII. tabb. proficiscens: L. 1 pr. D. h. t. 10. 2.) zuverlässig schon damals denselben Charakter hatte, und dessen Nichterwähnung auch nicht etwa daraus sich erklären läßt, daß der Zusatz in dessen formula nicht lautete „ex fide bona“, sondern „quantum aequius melius“; denn er erwähnt doch des iudicium fiduciae, welches sich nach III. 15. de off. auch nicht durch die Formel „ex fide bona“, sondern „ut inter bonos bene agier oportet“ als arbitrium charakterisirte.

Ueber den Ursprung der bonae fidei iudicia und die Ausbildung der Contractus, aus welchen sie hervorgehen, sind bekanntlich die Meinungen verschieden. Andere schon haben diese erst der Zeit des Formularprocesses zugeschrieben. Man vergleiche vorzüglich Bekker und Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 442 fg. u. Dernburg Compens. S. 63 fg. Demelius a. a. O. Ohne Zweifel hat in der letzten Zeit der Republik seit Q. Mucius Scaevola und in der ersten Kaiserzeit eine höchst bedeutsame innere Entwickelung des materiellen Rechtes stattgefunden. So ist es auch wohl möglich, daß die drei benannten Realcontracte außer dem Darlehen, und die entsprechenden actiones depositi, commodati, pigneratitia erst in dieser Zeit zur vollen Ausbildung gekommen sind, daß man sich in diesen Fällen, wo nicht fiducia contracta erat, noch lange mit der furti actio beholfen habe, wie man nach Gell. VII. 15. und Val. Max. VIII. 2, 24. wahrscheinlich finden könnte. Bei der Spärlichkeit unserer Quellen ist in dieser Beziehung der historischen Hypothese und Combination ein weites Feld gegeben. Aber dabei sollte man stets große Vorsicht anwenden und vor Allem sich davor hüten, den lautersten und sichersten Quellen unserer Kenntniß der entwickelten Jurisprudenz der Römer Gewalt anzuthun, nichts aus ihnen herauslesen, was sie nicht sagen, und ihnen nicht eine Interpretation octroyiren, die nur in Verbindung mit dem Vorwurfe großer Nachlässigkeit in der Schreibweise aufrecht zu erhalten und uns selbst nur beigekommen ist, weil sie uns „durch einen besonderen Grund wichtig geworden“, wie der Verfasser S. 309 in Beziehung auf die oben besprochene Stelle des Gaius (IV. 45. 46.) andeutet. Daß der Verfasser diese Vorsicht nicht überall geübt, daß er insbesondere, was ich zunächst mir zu erweisen vorgesetzt, mit Unrecht der römischen Jurisprudenz die in der Ueberschrift dieses Aufsatzes bezeichneten Begriffe octroyirt habe, das glaube ich zur Genüge, vielleicht zu ausführlich, dargethan zu haben.

Zum Schlusse möge mir gleichwohl noch vergönnt sein, mich zu dem Ausgangspunkte der kritisirten Abhandlung zurückzuwenden, da ich

sogleich in der ersten Hauptererörterung Verfehltes zu erkennen glaube. Zum Ausgangspunkte dient dem Verfasser das Edict über Depositum, das uns in L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3. referirt wird. Die Fassung dieses Fragments erscheint dem Verfasser höchst auffallend. „Das Depositum tumultus causa, ein praktisch sehr geringer Theil der Depositumslehre, beherrscht das ganze Fragment". Er sucht dafür einen historischen Grund. Diesen findet er in der den Sententiä des Paulus (II. 12.) entlehnten Stelle der Collatio X. 7. §. 11. Sie sagt:

Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

Da aber die receptae sententiae nur Recht enthalten, das zur Zeit des Paulus praktisch geltend war, da ferner die einzige damals praktische depositi actio in duplum die actio depositi tumultus causa facti war, so muß — das ist die Meinung des Verfassers — diese in jener Stelle verstanden sein; „diese ist es daher, die aus den zwölf Tafeln stammt" (S. 267 fg.). Von dem depositum tumultus causa steht kein Wörtchen in der Stelle; der Verfasser interpretirt es erst hinein, mittels einer sehr leichten Argumentation, der Mahnung folgend: „Legt Ihr nichts aus, so legt was unter".

Die Sententiä enthalten nur praktisches Recht: das ist der Obersatz. Aber nach Collat. XVI. 3. §. 3. sagten dieselben Sententiä: „Intestatorum hereditas lege XII tabularum ..... aliquando quoque gentilibus deferebatur". Nach Gai. III. 17. Collat. XVI. 4. §. 2. wird wohl Niemand behaupten, darin sei nur Recht enthalten, das zur Zeit des Paulus praktisch geltend war. Eben daselbst §. 20. (in den Sentt. IV. 8. §. 22.) lesen wir: „lex XII tabularum sine ulla discretione sexus" (nach Huschke: „sine illa discretione feminini sexus") „agnatos admittit". Wäre dieses damals praktisches Recht gewesen, so hätte Justinian vermuthlich keinen Anlaß gehabt, durch L. 14. Cod. de legit. hered. 6. 58. das civile Intestaterbrecht der feminae agnatae ultra consanguineam zu erweitern. Zum Ueberfluß sagt uns Paulus selbst unmittelbar vorher, daß dieser Satz der zwölf Tafeln längst vor seiner Zeit Voconiana ratione eine wesentliche Beschränkung erlitten hatte (Gai. III. 14. 23.).

Aber datur actio, in praesenti, heißt doch: es wird jetzt, heutzutage noch die Klage gegeben? also kann nur eine noch praktische Klage gemeint sein? Ich antworte: Nein; „datur actio lege XII. tabb." heißt nichts anderes, als: hier, in den zwölf Tafeln, von denen Paulus natürlich eine Abschrift zur Hand hatte, steht geschrieben oder

ist enthalten, daß actio depositi in duplum stattfinde. Auch im §. 22. l. c. bedient sich Paulus des Präsens: admittit, nicht des Perfects: admisit.

Und welche Nachlässigkeit der Schreibweise muß dem fraglichen Satze der Collatio nach der Erklärung des Verfassers Schuld gegeben werden? Ex causa depositi, heißt es, wird nach den zwölf Tafeln eine Klage auf das Doppelte, nach dem Edicte auf das Einfache gegeben. Nur im Ziel der Klage wird eine Differenz der beiden Rechtsquellen hervorgehoben. Jene Erklärung legt auch noch eine Differenz in Ansehung des Grundes der Klage hinein: „Ex causa depositi", nämlich beziehungsweise „ex causa depositi tumultus causa facti" und „ex causa depositi cuiuslibet", so soll der Leser sich hinzudenken. Mich dünkt, das ist im Auslegen sehr munter. Die Fassung des Satzes erscheint nach dieser Auslegung um so mehr verkehrt und tadelnswerth, als die actio in duplum ex causa depositi tumultus causa facti ja auch im Edicte ausdrücklich aufgenommen war, also auch edicto praetoris datur.

Doch die Argumentation des Verfassers hat noch ein Moment im Hinterhalt. Die letztgenannte Klage ist nach L. 18. D. h. t. 16. 3. perpetua actio. Darum muß sie, da sie zugleich eine Strafklage ist, „in einer Lex ihren Ursprung haben, und das kann nur die lex XII. tabb. sein" (S. 268). Aber die actio furti manifesti in quadruplum war eine prätorische Klage, und dennoch war auch sie perpetua actio (Gai. IV. 110. pr. J. de perpet. 4. 12.), „merito (sagt Gaius), cum tantum pro capitali poena pecuniaria constituta sit". In unserem Falle verhält sich die Sache etwas anders. Das Edict hat hier nur die actio in duplum, die schon nach den zwölf Tafeln begründet war, beibehalten; diese war nicht, wie die actio furti manifesti, corrigendi iuris civilis gratia introducta, nicht ex ipsius praetoris iurisdictione profecta, und in so ferne ist es richtig, daß sie ihren Ursprung im Zwölfstafelgesetze hatte, aber nicht in ihrer besonderen Qualification als ex causa depositi tumultus causa facti hervorgehend, sondern nur, weil das Edict eben nur unter Voraussetzung dieser besonderen Qualification des Depositum dieselbe als actio in duplum beibehalten hat.

Vergleicht man nämlich ohne vorgefaßte Meinung die Stelle des Paulus (Collat. XVI. 3. §. 11.) mit dem Edicte in L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3., so bietet sich ungekünstelt folgender historische Zusammenhang dar. Nach dem Zwölftafelgesetze konnte ex causa depositi auf doppelten Ersatz geklagt werden. Diese Folge erschien dem Prätor für

die Fälle eines gewöhnlichen Depositums zu hart. Für diese beschränkte er daher die Klage auf das Einfache. Im Falle eines sogenannten depositum miserabile aber fand er sich eine solche Milderung eintreten zu lassen nicht bewogen; dafür behielt er die actio in duplum gegen den Depositar selbst, und auch gegen dessen Erben, sofern dieser eines Dolus sich schuldig machte, bei. So edicirte denn der Prätor:

Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.

Diese Fassung des Edicts ist hiernach nicht im Mindesten auffallend, erscheint vielmehr sehr angemessen. Voran steht der gewöhnliche Fall, derjenige, in Ansehung dessen der Prätor eine Aenderung des älteren Rechts, corrigendi iuris civilis gratia, einführen wollte; er bezeichnet ihn vollkommen passend negativ „quod neque . . . neque"; und dann folgt in passendster Weise der Ausspruch, daß er in den hier angedeuteten besonderen Fällen, wie bisher, in duplum actio gewähren werde.

Uebereinstimmend mit dem Vorstehenden äußert sich schon Schulting in der iurisprud. anteiust. ad Pauli sent. II. 12. §. 11. Jene actio in duplum der zwölf Tafeln ex causa depositi hat nun freilich schon Manchem Scrupel gemacht, wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil man sich nicht entschließen konnte, in jener alten Zeit schon dem formlosen Realvertrage eine so strenge rechtliche Folge zu geben. Man hat wohl vermuthet, sie sei nichts anderes als die actio furti nec manifesti, auf diesen besonderen Fall angewendet. Aber mit Recht bemerkt dagegen der Verfasser S. 268. Anmerk. 2., daß dieß nach L. 1. §. 2. L. 67. D. de furt. 47. 2. nicht zulässig sei, weil darnach infitiando depositum nemo facit furtum; man müßte also wenigstens eine besondere Bestimmung über die Folgen der infitiatio depositi in den zwölf Tafeln voraussetzen. Man hat auch wohl die fiduciae actio als die einzige ältere actio ex causa depositi angesehen, und auch damit hat man jene actio in duplum in Verbindung bringen wollen, indem die treulose Abläugnung der bei der mancipatio der Sache eingegangenen Verpflichtung die Strafe des doppelten Ersatzes nach sich gezogen habe. Allein die fiduciae actio beschränkte sich nicht bloß auf Depositum; die Stelle des Paulus aber scheint auf eine specielle Erwähnung der actio ex causa depositi in den zwölf Tafeln hinzudeuten. Auch berechtigt uns Nichts, die fiducia mit Dernburg a. a. O. als nothwendige

Voraussetzung der Verfolgung eines Depositums in jener Zeit zu denken. Gaius (II. 60.) deutet durch nichts darauf hin, indem er als Zweck der fiducia cum amico contracta angibt „quod tutius nostrae res apud eum essent“, d. h. daß der Freund als Eigenthümer in jeder Beziehung die Sache zu wahren und für sie einzustehen besser in den Stand gesetzt sei. Und ist es denn wohl wahrscheinlich, daß man in der Zeit von den zwölf Tafeln bis Cicero es auch nur anständig, geschweige denn für einen diligens paterfamilias nothwendig gefunden habe, sich den Umständlichkeiten der Fiducia zu unterziehen, wenn man auf kurze Zeit der Abwesenheit, z. B. um der Weinlese auf seinem Landgut beizuwohnen, seine Baarschaft oder Bücher und dergleichen, oder auch einen Lieblingssclaven im Knabenalter oder ein Lieblingsroß der Obhut eines befreundeten Bürgers oder eines ergebenen Freigelassenen anvertrauen wollte, und daß man, wenn man es versäumt und in der Treue des Erkorenen sich geirrt hatte, ohne Rechtshilfe gewesen sei?

Erwägt man alles dieß, so ist es wohl berechtigt, sich an das zu halten, was die spärlichen Quellen nach nüchterner Auffassung ergeben. Jedenfalls aber glaube ich auch durch diese Schlußbemerkung dargethan zu haben, daß die Resultate, welche uns in der im Eingange genannten Abhandlung geboten werden, keineswegs mit solcher Zuversicht anzunehmen sind, als mit welcher der Verfasser dieselben darlegt. Man vergleiche dagegen auch Demelius a. a. O. S. 223 fg. *)

---

26.

## Cession einer naturalis obligatio. **

In dem bekannten Werke über die Cession der Forderungen (3. Aufl. S. 252) lehrt Mühlenbruch folgendes: Nicht nur solche Forderungen können giltig abgetreten werden, mit welchen die Möglichkeit verknüpft ist, sein Recht durch Klage geltend zu machen, sondern auch Forderungen aus bloßen Naturalobligationen, d. h. solchen, zu deren Geltendmachung es nur eine Exceptio, keine Klage gibt. Er gibt daher S. 254 die Definition des Begriffs der Cession so an: Cession sei eine jede Thatsache, wodurch Jemand ein selbständiges Recht auf die Geltendmachung eines fremden Klage- oder Exceptionsrechts als successor singularis

* Haimerl's Vierteljahrschr. XVII. S. S. 179—194. (1866.)

** Lehrb. §. 254. Anm. 6.

erhält. Im Wesentlichen stimmen dieser Ansicht bei Puchta in Weiske's Rechtslexicon Bd. II, S. 639; v. Vangerow §. 574, Anmerk. 2, so daß man dieselbe als allgemein angenommen betrachten kann. — Mühlenbruch stützt sich auf folgende Stellen:

1) L. 40 §. 3. D. de demonstr. et condit. 35. 1: Dominus servo aureos quinque sic legaverat: „heres meus Sticho, servo meo, quem testamento liberum esse jussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato"; nihil servo legatum esse, Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset. Ego puto, secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse; et eo jure utimur. —

Diese Stelle spricht auch nicht im Entferntesten von der Cession einer naturalen Forderung. Der erwähnte Fall ist folgender: Ein Herr hatte seinem Sclaven fünf Goldstücke so legirt: „Mein Erbe soll meinem Sclaven Stichus die fünf Goldstücke, die ich ihm schulde, auszahlen"; es fragte sich jetzt: Ist der Erbe verpflichtet, das legatum debiti auszuzahlen? Diese Frage wird nun so entschieden: Eigentlich ist der Erbe nicht verpflichtet, weil ein Herr seinem Sclaven Nichts schulden kann, aber es soll angenommen werden, daß der Erblasser nur die Existenz eines naturale debitum im Auge gehabt habe. Wo ist denn hier von Cession die Rede? wo der Cedent und Cessionar, wo der debitor cessus? Gerade das Umgekehrte der Cession ist vorhanden; bei der Cession bleibt der Debitor natürlich derselbe; hier geht die Schuld vom Erblasser auf den Erben über; bei der Cession tritt ein anderer Gläubiger an die Stelle des ersten, hier bleibt der Creditor derselbe, d. h. der Sclave.

2) Ganz allgemein heiße es in L. 17. D. de hered. vel act. vendita: „Nomina eorum, qui sub conditione vel in diem debent, et emere et vendere solemus". Bekanntlich habe eine Forderung, der eine Zeitbestimmung zugefügt sei, und eine bedingte Forderung, falls außer Zweifel sei, daß die Bedingung eintrete, die Wirkung einer Naturalobligation: — Hiergegen ist zu bemerken:

a) Eine bedingte Forderung, von der gewiß ist, daß die Bedingung eintreten wird, ist keine bedingte; eine Bedingung ist vorhanden, wenn von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen ungewissen Thatumstandes eine rechtliche Folge abhängig gemacht ist. Ist also gewiß, daß die Bedingung eintreten wird, so ist die conditio eine necessaria, d. h. eine Scheinbedingung.

b) Eine Forderung, der ein dies oder eine conditio necessaria beigefügt ist, hat nicht die Wirkung einer gewöhnlichen Naturalobligation; die erstere hat nur insoferne Aehnlichkeit mit einer Naturalobligation, daß der Debitor keine condictio indebiti anstellen kann, wenn er irrthümlich vor der Zeit Zahlung leistet; eine durch eine conditio necessaria bedingte Forderung hat entweder die Wirkung einer betagten Forderung, oder es ist von vornherein ein negotium purum vorhanden gewesen.

In unserer Stelle wird aber die Cession zugelassen, weil doch mit dem Eintritt des dies oder der conditio eine Klage begründet wird, und weil zukünftige Sachen, also auch zukünftige Klagen verkauft werden können. Außerdem spricht auch die Stelle viel zu allgemein.

3) L. 40. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.: „Quamvis Senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae jure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt; nulla enim separatio est. Immo et causa naturalium obligationum transit", und

4) L. 64. pr. eodem: „Si ejus pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo Senatus consulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam; atquin heres, si post restitutionem solvat, repetet non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intelligitur".

Diese beiden Stellen sagen allerdings, daß die obligatio naturalis auf den Fideicommissar übergehe; aber kann denn der Fideicommissar nur in Folge einer Cession seine Forderungen geltend machen? Das Senatusconsult bestimmt ja ausdrücklich, der Fideicommissar solle heredis loco sein, also unmittelbar an den Forderungen Theil nehmen und er hat demnach nicht nöthig, sich die Klagen vom Erben cediren zu lassen.

Fragen wir nun nach den Wirkungen, welche durch diese herrschende Lehre hervorgerufen würden (in der Praxis), so würde sich folgendes Resultat ergeben: Sobald Jemand eine natürliche Forderung hat, wird er dieselbe alsbald, und ohne sich darob viel Mühe geben zu müssen, an einen Debitor seines naturalis debitor cediren; dieser wird darauf die cedirte obligatio naturalis compensando geltend machen. Daß dieß keine Schwierigkeiten macht, ist klar: der Kaufmann, der Handwerker, der Gutsbesitzer 2c. verkauft täglich Waaren, Geräthe, Früchte 2c. und erhält so einen Debitor; was ist nun leichter, als diesem Debitor die naturalis obligatio zu verkaufen, besonders wenn man ihm verspräche, die Zahlung nicht alsbald fordern zu wollen? Kurz, das

Resultat der herrschenden Lehre wäre: Es kann dem Gläubiger ziemlich gleichgiltig sein, ob er eine obligatio civilis, oder ob er eine obligatio naturalis hätte.

Betrachten wir nun die einzelnen Fälle, bei welchen nach römischen Gesetzen eine obligatio naturalis vorhanden ist, so finden wir besonders folgende: Die obligatio aus einem pactum nudum; die obligatio gegen impuberes und prodigi, welche sich ohne tutoris auctoritas verpflichtet haben; die obligatio aus Darlehn der Hauskinder; die obligationes, welche zwischen Personen, die durch eine und dieselbe väterliche Gewalt verbunden sind, contrahirt werden; nach Mühlenbruch, Commentar XXXV, S. 462, Note 67 (ich führe diesen an als Hauptschriftsteller in dieser Lehre) bleibt eine obligatio naturalis bestehen, wenn die Klage verjährt ist; ebenso ist nach Mühlenbruch Lehrb. §. 330, Note 21 eine obligatio naturalis anzunehmen für den Fall eines absolutorischen Urtheils, wenn der Schuldner mit Unrecht absolvirt sei. — Wie können wir nun annehmen, daß die praktischen römischen Juristen soviel Zeit und Scharfsinn auf die Unterscheidung der obligationes in civiles und naturales verwendet, daß sie von exceptiones in odium creditoris sprechen, daß sie pacta nuda und stipulationes so scharf geschieden, wenn sie weiter Nichts bezweckt hätten, als dem Creditor die kleine Mühe der Cession zu machen? Worin besteht denn der Schutz der impuberes et prodigi, wenn wir die Cession der naturalis obligatio in dem Umfange zulassen, wie die herrschende Lehre? ich könnte dem Pupillen und dem Prodigus keinen andern Rath geben, als den, daß sie in ihrem Leben keine Geschäfte mehr eingehen dürften; denn im entgegengesetzten Fall wird der naturale Creditor des impubes baldmöglichst irgend einem Schuldner des letzten cediren und dieser compensiren. Worin besteht denn der Rechtsfriede, der durch die Verjährung der Klagen bewirkt werden soll, wenn der Creditor heute mit der praescriptio temporis abgewiesen, morgen seine Forderung cediren und den folgenden Tag der Cessionar compensiren kann?!! — Man hat sogar in Fällen, wo eine obligatio civilis begründet ist, wo also Creditor und Cessionar in der Geltendmachung der obligatio gleichstehen, Cessionsverbote eingeführt, bloß um den Debitor vor Schaden zu schützen; sollte wohl die Cession einer obligatio naturalis mit der Wirkung, wie sie die herrschende Lehre angibt, zugelassen werden, obgleich diese für den Debitor so nachtheilig ist?

Hiernach dürfte man wohl berechtigt sein, die Richtigkeit der herrschenden Theorie etwas in Zweifel zu ziehen, da sie, wie gezeigt, nicht

auf Quellenzeugnisse basirt ist und zu einem, nicht gerade vernünftigen Resultate führt. — Es muß demnach eine andere Lehre über Cession der obligatio naturalis construirt werden, welche sowohl den Quellen entspricht, als auch mit der Praxis in Einklang gebracht werden kann. Der Verfasser dieses Aufsatzes will versuchen, eine solche aufzustellen, und sie, da ihm keine Gesetze bekannt sind, die unsere Frage bestimmt beantworten, aus allgemeinen Sätzen abzuleiten:

Das Institut der Cession fand seine Quelle darin, daß auf der einen Seite die Forderungen ihrer Natur nach unübertragbar waren, auf der andern Seite das Rechtsleben den Verkehr mit Forderungen dringend verlangte. Wenn aber Forderungen in den Verkehr gezogen, wenn sie verkauft und vertauscht werden sollen, so möchte dazu erforderlich sein, daß der Inhaber derselben sein Forderungsrecht auch sogleich geltend machen kann. Hieraus könnte man dann folgern, daß obligationes naturales gar nicht cedirt werden könnten. Für diese Ansicht, die vorläufig als richtig angenommen werden soll, spricht auch noch folgendes: Um den Erfordernissen des Verkehrs zu entsprechen, führten die Römer das mandatum ad agendum ein, so daß dann der frühere Gläubiger fortwährend Gläubiger blieb und die rechtliche Lage des Schuldners gar nicht geändert wurde; die Cession bestand hiernach lediglich in dem Mandiren der Klage; wo aber keine Klage war, konnte auch keine mandirt werden. Daß dieß der richtige Begriff von Cession war, bezeugen auch die Quellen, welche immer die Cession mit den Worten ausdrücken: a c t i o n e s mandare, a c t i o n e s cedere, a c t i o n e s praestare. Hier ist auch zu erwähnen L. 7. D. de oblig. et act. 44. 7.: „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius. Diese Stelle enthält ein Verbot der Cession, welches aber ganz consequent aus dem angegebenen Begriff der Cession folgte, da diese nur in dem Mandiren der Klage bestand, eine Klage zwischen Vater und Sohn aber unzuläßig ist. — Wenn Vangerow behauptet, in der Stelle sei nur gesagt, daß der Cessionar keine Klage erheben dürfe, nicht aber daß die Cession verboten sei, so scheitert diese Auslegung an den Worten: Actiones — praestari non possunt", da „actiones praestare" gleichbedeutend mit „cediren" ist.

Wenn nun auch durch die Annahme, daß obligationes naturales gar nicht cedirt werden können, alle Bedenken, die oben gegen die herrschende Lehre erhoben worden sind, beseitigt würden, so muß diese Ansicht dennoch verworfen werden, theils weil im Justinianischen Rechte die Cession nicht mehr in dem bloßen Mandiren der Klage besteht, theils

weil man auch auf anderem Wege zu einem praktischen und der Billigkeit entsprechenden Resultate gelangen kann. Im Justinianischen Rechte hat nämlich der Cessionar nicht nur das Recht, die cedirte Forderung auf jede ihm mögliche Weise geltend zu machen, sondern er kann auch frei über die Forderung verfügen, er kann die Schuld erlassen, Vergleiche abschließen &c., so daß nun nach der Natur des Cessionsgeschäfts der Cession einer obligatio naturalis Nichts im Wege steht. — Um aber zu einem vernünftigen Resultate zu kommen, muß folgende Ansicht als die richtige aufgestellt werden: Eine obligatio naturalis kann zwar cedirt werden; aber die cedirte obligatio naturalis kann in der Regel nicht zur Compensation benutzt werden. — Zum Beweise diene folgendes:

Durch den Cessionsakt wird der Cessionar berechtigt, die Forderung des Cedenten geltend zu machen; allein es versteht sich von selbst, daß er an dieselben Schranken gebunden ist, wie der Cedent. Bei einer obligatio naturalis wird aber die Geltendmachung für den Cedenten hinausgeschoben, bis er von seinem Debitor angegriffen wird, worauf er compensiren kann; die obligatio naturalis ist gleichsam eine betagte Forderung, also eine Forderung, deren Effectuirung an einen dies geknüpft ist; die obligatio ist gleichsam so lange betagt, bis der dies eintritt, an welchem der Debitor seinen Creditor angreift. Der Creditor also, hier der Cedent, konnte seine Forderung nicht eher geltend machen, als bis er selbst von seinem Debitor angegriffen wurde; er konnte seine Forderung nur effectuiren gegenüber einer gegen ihn gerichteten Forderung, und nicht hatte er das Recht, seine naturale Forderung gegen irgend beliebige andere Forderungen seines naturalen Debitors zur Compensation zu benutzen. Folglich kann der Cessionar die cedirte obligatio naturalis nicht geltend machen, wenn er, der Cessionar, angegriffen wird; denn dann hätte ihm der Cedent mehr Rechte übertragen müssen, als er selbst gehabt hätte. — Man halte hier nicht entgegen, daß doch eine cedirte klagbare Forderung vom Cessionar zur Compensation benutzt werden könne; denn dieser Satz folgt daraus, daß der Cessionar diejenige Forderung, die er jetzt compensando vorbringt, auch gleich durch eine Klage geltend machen kann, darauf also der Satz Anwendung findet: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“.

Von dieser Regel findet jedoch eine Ausnahme statt, d. h. es kann wirksam compensirt werden, wenn der Cessionar gar nicht wegen seiner Schuld, sondern wegen einer Schuld des Cedenten belangt wird; z. B. wenn der Cessionar den Cedenten beerbt, und der debitor cessus gegen

den Cessionar als Erben klagt; hier ist wirklich der dies eingetreten, an welchem auch der Cedent seine Forderung hätte geltend machen können; also kann es auch der Cessionar.

Wir sind also zu folgendem Resultate gelangt: „Naturales obligationes können zwar cedirt, aber in der Regel nicht vom Cessionar zur Compensation gebraucht werden".

---

Bis hieher gehört dieser Aufsatz einem meiner Schüler an, dem damaligen Rechtskandidaten Eberhard d'Avis in Montabaur; er ist hier wegen der nothwendigen Verbindung mit dem Folgenden aufgenommen.

Der jugendliche Verfasser vorstehenden Aufsatzes überreichte mir zur Beurtheilung zuerst einen Versuch, worin er die völlige Unzulässigkeit der Cession einer Naturalobligation behauptete. Zweierlei schien mir darin ganz richtig: vorerst der Nachweis, daß der dafür beigebrachte Beweis aus den Quellen nicht probehaltig ist; sodann das praktische Bedenken gegen die unbedingte Zulassung jener Cession, insofern man darin eine Uebertragung des Compensationsrechts anerkennt. Ich gab aber dagegen zu erwägen, daß er wohl zu weit gehe, wenn er von dem mandatum ad agendum als Grundlage des Cessionsbegriffs ausgehend, die Anwendbarkeit desselben auf Naturalobligationen schlechthin in Abrede stelle, indem jenes nur ein Moment in der Cession der Forderung sei, während ein anderes allerdings auch in Anwendung auf Naturalobligationen als wirksam gedacht werden könne. Ich forderte ihn auf, unter Benutzung dieser Andeutungen die Sache noch einmal durchzudenken, und so ist der obige Aufsatz entstanden. Ich habe keinen Anstand genommen, dem Verfasser anzubieten, daß ich seinen Versuch der Redaction einer Zeitschrift zur Aufnahme empfehlen und bei dem juristischen Publikum einführen wolle; denn die Frage verdient allerdings näher erörtert zu werden, und es freute mich, einem strebsamen Studiosus juris das Verdienst, durch einige treffende Bemerkungen dazu die Anregung zu geben, öffentlich zuzuerkennen. Indessen möchte wohl Einzelnes in der Argumentation des Verfassers noch der Berichtigung oder genaueren Begründung bedürftig sein, namentlich in der Ausführung seiner eigenen Ansicht. Man könnte nach dieser glauben, im classischen Recht beruhe die Cession wesentlich nur in dem madatum ad agendum, das natürlich eine klagbare obligatio voraussetzt; erst nach Justinianischem Recht habe der Cessionar das Recht erhalten, in jeder Art frei über die Forderung zu verfügen, und darnach erst stehe nun auch der Cession

einer naturalis obligatio nichts im Wege. Die Sache verhält sich aber folgendermaßen:

Das mandatum ad agendum war allerdings wesentliches Moment für den Begriff: Cession der Klage. Aber die Cession der Klage ist nur ein Moment in dem Begriff: Cession der Forderung. Das Nächste ist, daß der Gläubiger dem Andern die Vollmacht gibt, Erfüllung der Forderung vom Schuldner in Empfang zu nehmen, mit der Einräumung, das Empfangene für sich zu behalten, wodurch zugleich der letzte ermächtigt wird, an jenen zu zahlen. Jene Vollmacht aber mit dem erwähnten Zusatze gibt auch die Befugniß, in anderer Weise über die Forderung zu verfügen, mit dem Schuldner darüber Geschäfte vorzunehmen, die ohne Zahlung diesen befreien. Acceptilatio war freilich durch ihn nicht möglich; der Schuldner mußte fragen: quod tibi debeo, acceptum mihi fers? und darauf konnte nur der eigentliche Gläubiger wirksam antworten: acceptum fero. Aber Novation z. B. war ohne Weiteres möglich; sie erforderte von Seiten des Gläubigers nichts als die irgendwie erklärte Zustimmung, daß der Schuldner einem Andern verspreche, und diese war in jener Ermächtigung natürlich wenigstens eben so sehr enthalten, als in einem Auftrage zur Verwaltung (L. 20. §. 1. D. de novat. 46. 2); und die nova obligatio konnte dann auch durch Acceptilation getilgt werden. Eben so war unzweifelhaft datio in solutum, pactum de non petendo, also auch Vergleich, Compromiß, möglich mit der Wirkung, daß der eigentliche Gläubiger es auch gegen sich gelten zu lassen wenigstens durch doli exceptio gezwungen werden konnte. Alles dieses konnte stattfinden ohne mandatum ad agendum; es hätte anerkannt sein können, bloß als Wirkung des obigen Mandats, ehe Stellvertretung im Processe nur einmal allgemein zugelassen war. Läßt es der Schuldner nicht zur Klage kommen, so erreicht auch jetzt noch durch jenes Moment allein die Cession der Forderung vollkommen ihren Zweck, ohne daß das mandatum ad agendum zur Sprache zu kommen braucht. Allerdings aber gehörte es zur Vollendung der Cession der klagbaren Forderung, als eines mit zwingender Kraft gegen den Schuldner begabten Rechts, daß dem Cessionar auch die Möglichkeit, den Schuldner zur Zahlung durch Klage anzuhalten, eingeräumt werde, und dazu wurde die Zulässigkeit der Stellvertretung im Processe vorausgesetzt, nach deren Anerkennung erst ein wirksames mandatum ad agendum möglich war. Darnach war es dann natürlich, daß man nun in einem solchen Mandat oder in der Bestellung zum procurator in rem suam den Begriff der Cession concentrirte; wem man das volle

Recht zwangsweiser Geltendmachung der Forderung zu eigenem Vortheil (in rem suam) übertrug, dem war natürlich auch jene andere Befugniß, über diese zu verfügen, eingeräumt.

Was nun die Naturalobligation angeht, so ist einleuchtend, daß der ganze Inhalt des Cessionsbegriffs, abgesehen vom mandatum ad agendum, auch auf diese von jeher ohne Schwierigkeit anwendbar war. Es konnte eine wirklich nicht klagbare Obligation cedirt sein, und, wenn der Schuldner, ohne den Versuch der Klage abzuwarten, die Forderung anerkannte, ganz derselbe Erfolg eintreten, als wenn eine klagbare cedirt war, indem dann die Eigenschaft der Klaglosigkeit gar nicht einmal zur Sprache kam. Es ist z. B. nicht im Mindesten zweifelhaft, daß nach classischem Recht sowohl Novation mit dem Cessionar als Zahlung an denselben die Naturalforderung des Cedenten vollkommen tilgte. Insofern war und ist also die Cession einer Naturalforderung unbedenklich als möglich zu behaupten. Ganz richtig ist aber dabei, was der Verfasser oben ausführt, daß diese dem Cessionar ein Compensationsrecht nicht geben kann. Betrachtet man dieses als ein Exceptionsrecht, so müßte man dasselbe auf ein mandatum ad excipiendum von Seiten des eigentlichen Gläubigers gründen; dieses hätte aber nur Sinn gegenüber einer gegen den Mandanten gerichteten Klage. Führt man dasselbe insbesondere nach L. 8. pr. D. de doli except. auf einen Dolus des Klägers zurück, so kann man nicht sagen, daß dieser sich eines solchen schuldig mache, indem er eine Forderung gegen den Cessionar einklagt, welchem gegen ihn (aus eigenem Rechte) keine Forderung zustand; er könnte eher diesem den Vorwurf zurückgeben, daß er dolos verfahre, indem er auf diesem Umwege der klaglosen Forderung eines Andern eine Wirksamkeit verschaffen wolle, die ihr nicht zukomme. Und ganz richtig ist auch die Bemerkung, daß man dagegen nicht die Compensabilität einer durch Cession erhaltenen klagbaren Forderung als Gegenargument anführen könne; denn hier ist es eben die Klagbarkeit, welche den Satz: „dolo facit, qui petit quod redditurus est“, anwendbar macht.

Doch noch eins ist zu bedenken: Eine obligatio kann bloß als naturalis wirksam sein, obgleich sie civilis obligatio ist, wenn nämlich der Klage aus derselben eine nicht auch die naturale Obligation vernichtende Einrede entgegensteht. So die Obligatio des Filiusfamilias aus dem Gelddarlehn. Hier ist also sogar ein mandatum ad agendum möglich. Der Cessionar kann nicht als nicht legitimirt zur Klage zurückgewiesen werden. Aber es steht ihm freilich dieselbe Einrede (exceptio

Sc. Macedoniani) entgegen. Kann nun hier der Cession stärkere Wirkung beigelegt werden? Unbedenklich wird man „Nein" sagen müssen. Die obigen Gründe treffen auch diesen Fall.*

---

27.

## Zur Lehre von der negotiorum gestio.**

Rec. der Schrift von Ruhstrat, Oldenburg 1858.

Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag erfreut sich in neuester Zeit einer eifrigen Bearbeitung. Neben drei akademischen Lehrern (Wächter, Chambon, Leist) haben sich auch drei Praktiker (Dankwardt, Köllner und Ruhstrat) in eingreifender Weise dabei betheiligt. Der letzte hat insbesondere der nicht minder schwierigen als wichtigen Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maße der Geschäftsführer mittels der actio contraria Entschädigung in Anspruch nehmen könne, eine ausführliche Erörterung gewidmet (im Arch. f. civ. Prax. Bd. 32—34). In oberwähnter Schrift kommt nun der Verfasser auf denselben Gegenstand wieder zurück und sucht ihn, mit Rücksicht auf neuere Untersuchungen, namentlich die von Leist, von andern Gesichtspunkten aus auf's Neue zu beleuchten. Der Kern der früheren Abhandlung bestand in der Ausführung, daß als ein negotium utiliter coeptum nur dasjenige anzusehen sei, welches dem wirklichen, wenn auch weder durch Auftrag noch durch Genehmigung ausdrücklich erklärten Willen des Geschäftsherrn entspreche, daß nur in diesem Falle die actio contraria auf Schadloshaltung schlechthin stattfinde, wenn gleich, ohne die Schuld des Geschäftsführers, ein Vortheil für den Geschäftsherrn nicht wirklich erzielt oder wieder vereitelt worden sei, während im andern Fall nur eine Klage auf Vergütung für die dem Letzten auf Kosten des Ersten wirklich zugekommene Bereicherung zuläßig sei. In dieser Ansicht lag unverkennbar etwas Wahres; die Rücksicht auf den Willen des Geschäftsherrn ist ohne Zweifel ein sehr wichtiges Moment in der Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses. Allein an dem wirklichen Willen kann man doch nicht in allen Fällen festhalten, und der Verfasser sah sich dort schon genöthigt, seinem Princip eine Dehnbarkeit zu geben, vermöge deren man doch nach Umständen auch

* Gießener Zeitschr. n. F. X. S. 114—125. (1853.)

** Lehrb. §. 297. 298.

ohne wirkliche voluntas domini auskommen und dabei sich beruhigen kann, daß sich mit gutem Grunde annehmen ließ, dem Domino werde das unberufene Eingreifen in seine Angelegenheiten erwünscht sein. Der Verfasser (S. 27) glaubt auch noch jetzt, „daß das Zusammentreffen der auf Geschäftsführung gerichteten voluntas des Gerenten mit dem wenn auch nicht zum Bewußtsein gekommenen Willen des Geschäftsherrn der tiefere Grund ist, auf welchem die fragliche dem Mandatsverhältniß analoge quasicontraktliche Obligation beruht", wobei er jedoch dahin gestellt sein läßt, ob die römischen Juristen sich dieses Grundes bewußt gewesen seien oder nicht. Aber er deutet eben durch diese Bemerkung zugleich an, daß er's mit jener voluntas domini nicht so strenge genommen haben will, wie er denn auch (S. 26) seine volle Uebereinstimmung mit dem Lehrbuche des Verf. dieser Anzeige (§. 298) ausspricht, welches im Allgemeinen darauf sieht, ob nach allen Umständen anzunehmen sei, daß der Geschäftsherr solche Art der Stellvertretung gebilligt haben würde, wenn er seinen Willen kund zu geben Gelegenheit gehabt hätte. In der vorliegenden Schrift geht der Verfasser aus von der Unterscheidung einer zweifachen Art der Utilität, auf welcher die Lehre von der negotiorum gestio im Wesentlichen beruhen soll: die eine liege vor, wenn die Verwaltung des Gerenten als solche nützlich sei, die andere im Fall der vom Gerenten bewirkten nutzbaren Verwendung; im ersten Falle komme es nicht wesentlich darauf an, ob nutzbare Verwendungen bewirkt seien, während im andern Fall der Dominus immer nur durch nutzbare Verwendungen des Gerenten obligirt werde. Wenn ich an der Administration meines Vermögens oder einzelner größerer oder kleinerer Geschäftskreise verhindert bin, ohne einen Geschäftsführer zu haben, und Jemand mit der Absicht, das Geschäft freiwillig für mich zu übernehmen, rechtliche Handlungen vornimmt, welche zur Ausführung meiner Geschäfte geeignet erscheinen, so ist das Verwalten des Andern an sich nützlich; die Utilität ist hier gleich mit dem Beginn der verständigen Thätigkeit eine vollendete Thatsache, die durch Vereitelung des günstigen Erfolges nicht ungeschehen gemacht wird; der Geschäftsführer verpflichtet mich daher schon durch das Eingehen von Rechtsgeschäften, nicht bloß durch Bewirkung nutzbarer Verwendungen. Wenn dagegen der Dominus nicht verhindert war, so muß er zwar immerhin wegen wirklich erfolgter nutzbarer Verwendungen anerkennen, es sei utiliter gestum, und selbst zufällige Beseitigung dieses einmal vorhanden gewesenen Nutzens hebt die Ersatzklage nicht auf; aber es ist überall noch kein Nutzen eingetreten, wenn der Gerent des nicht verhinderten

Geschäftsherrn nur Geld geliehen oder einen andern Vertrag geschlossen hat, um ein Geschäft zu besorgen. „Nicht der bloße Versuch der Bewirkung von Impensen, sondern nur die wirkliche Bewirkung macht den nicht verhinderten Dominus verbindlich. Dem verhinderten Dominus ist freilich schon jeder verständige Versuch nützlich, aber nicht dem Geschäftsherrn, der selbst verwalten kann". So gibt der Verfasser in §. 1 das Wesentliche seiner Ansicht an, deren Richtigkeit und Wichtigkeit die nächst folgenden Paragraphe darthun sollen. In §§. 6—9 folgt dann aber noch eine nähere Bestimmung der Utilität, mit Unterscheidung jener beiden Hauptarten. Der Gerent eines verhinderten Dominus, so sagt er hier, verpflichte diesen in ähnlicher Weise, als wäre er zu der Verwaltung beauftragt, und die Nützlichkeit der Verwaltung als solcher bewirke, daß der Gerent durch verständige Verwaltungshandlungen den Dominus obligiren könne, selbst wenn sie an sich gar nicht zu dessen Nutzen ausschlagen. Aber nicht jeder Grad der Verhinderung könne dem Gerenten diese Stellung eines Quasimandatars geben; „die Verhinderung kann ja der Art sein, daß die Verwaltung füglich auf sich beruhen kann, bis die Verhinderung wegfällt. Wo ist die Grenze?" Läßt sich mit Gewißheit voraussehen, daß der Dominus ohne das Hinzutreten des Gerenten Schaden leiden würde, so ist die Verwaltung gewiß als nützlich anzusehen; außerdem aber soll es nach dem Verfasser eben hier darauf ankommen, ob der Dominus nach seiner Persönlichkeit und seinen besondern Verhältnissen die Uebernahme der Verwaltung des Gerenten genehmigt haben würde, wenn er in der Lage gewesen wäre, seine Erklärung abgeben zu können, und in dieser Beziehung fragt es sich zunächst nur, ob der Gerent guten Grund hatte, das anzunehmen, wogegen freilich dem Geschäftsherrn noch der Gegenbeweis zusteht, daß er dennoch nicht genehmigt haben würde. Aber nicht bloß die Uebernahme, auch die Ausführung der Verwaltung muß nützlich sein, und damit sie dafür gelten könne, muß der Gerent zunächst den erklärten, dann den zu vermuthenden Willen des Geschäftsherrn zur Richtschnur nehmen und in subsidium nach eigener verständiger Einsicht verfahren, gleichwie ein Mandatar, dem nicht eine für alle einzelnen Verwaltungshandlungen ausreichende Instruktion gegeben ist. Er hat sich dabei keineswegs bloß auf nothwendige Geschäfte zu beschränken, sondern seine Thätigkeit auf Alles, was in den Kreis der übernommenen Verwaltung gehört, zu erstrecken und kann daher auch nützliche Geschäfte mit voller Aussicht auf Entschädigung unternehmen. In dieser Beziehung kommt nun besonders der Unterschied zwischen universeller, genereller und specieller

negotiorum gestio in Betracht, wie der Verfasser zum Schlusse des ersten Abschnittes seiner Schrift in §. 9 an einigen Beispielen zu zeigen sucht. Wer z. B. die Verwaltung einer ganzen Erbschaft für den verhinderten Erben übernommen hat, kann, wenn er zur Bezahlung von Erbschaftsschulden Geld leiht, dieses aber durch Zufall verliert, Ersatz dafür verlangen, wofern es nur verständig war, die Schulden zu bezahlen und dazu Geld zu leihen. Wer dagegen, ohne sich sonst um die Angelegenheiten des Dominus zu bekümmern, bloß zur Bezahlung einer einzelnen Schuld Geld leiht, und dieses durch Zufall verliert, kann jenen Ersatz nur verlangen, wenn die Bezahlung gerade dieser einzelnen Schuld nicht ohne Nachtheil des Dominus bis zum Wegfall der Verhinderung verschoben bleiben konnte.

Nachdem der Verfasser diese Ansichten über die Utilität der Geschäftsführung in §. 1—9 im Allgemeinen ausgeführt hat, beschäftigt er sich in dem zweiten Abschnitte seiner Schrift damit, die einzelnen Verwaltungshandlungen des negotiorum gestor und deren Wirkungen speciell zu erörtern (§. 10—19), indem er dabei von obigen Unterscheidungen Gebrauch macht.

Unläugbar ist in diesen neuen Ausführungen des Verfassers auch wieder viel Wahres enthalten; er macht im Verlaufe derselben über Einzelnes manche treffende praktische Bemerkungen, und mit gutem Grunde greift er hin und wieder einzelne Resultate von Leist's sogenanntem Naturstudium an: auch ist ihm im Allgemeinen unbedenklich zuzugeben, daß der Umstand, ob der Geschäftsherr verhindert war oder nicht, bei Beurtheilung dieses Verhältnisses sehr in Betracht kommt. Aber die Art und Weise, wie der Verfasser daraus sich eine Hauptgrundlage dieser ganzen Lehre bildet, kann man doch nicht genehmigen. Die Verhinderung des Dominus, selbst seine Geschäfte oder irgend ein einzelnes seiner Geschäfte zu besorgen, ist eben nur eines, allerdings ein vorzüglich wichtiges der Momente, welche in Betracht zu ziehen sind, wenn es sich fragt, ob die eigenmächtige Einmischung eines Andern in dessen Angelegenheiten gerechtfertigt erscheine und einen Anspruch auf Anerkennung des Geleisteten und Schadloshaltung begründe, aber sie ist nicht das einzige und allein durchschlagende. Es ist denkbar, daß ich auch für Jemanden, der nicht gerade verhindert ist, selbst einzugreifen, ein Geschäft mit der vollkommen begründeten Ueberzeugung, dadurch in dessen wahrem Interesse und seinen Wünschen entsprechend zu handeln, vornehme, sei es, weil ich weiß, daß es ihm lästig und widerwärtig ist, sich selbst um diese Sache zu bekümmern, oder weil ich ihm

Umständlichkeiten und vielleicht Kosten erspare, welchen er sich, um selbst das Geschäft noch auszuführen, unterziehen müßte, daß ich also commodius als er selbst für ihn handeln kann, wenngleich man nicht sagen kann, daß er verhindert sei, selbst zu handeln. Andrerseits ist es auch nicht richtig, daß durch Bewirkung nutzbarer Verwendungen der nicht verhinderte Dominus immer verpflichtet werde. Wer sich beigehen läßt, eine selbst etwa nothwendige Verwendung für einen Andern zu machen, die dieser eben so gut selbst machen könnte, ohne ihn vorher darum zu fragen, hat immerhin zu gewärtigen, daß derselbe hinterher erklärt, es sei ihm das Geschehene durchaus nicht recht, er habe das Haus einstürzen lassen wollen, weil es ihm, wenn es auch objektiv vortheilhafter wäre, es zu erhalten, nicht darum zu thun sei, oder er würde es anders als geschehen, restaurirt haben; jener hätte nur die Hand davon lassen sollen. Und wenn es abergläubische Gründe wären, warum er's unterließ, z. B. weil ihm prophezeit worden, daß das Haus doch in kurzer Zeit abbrennen werde: er braucht sich nicht die Kosten der eigenmächtigen Reparatur aufbürden zu lassen, von der er, weil es nun wirklich abgebrannt ist, keinen bleibenden Nutzen hat. Das Entscheidende ist also überall, wie der Verfasser auch in seiner früheren Abhandlung schon gelegentlich andeutet, ob die Umstände so beschaffen sind, daß der Geschäftsherr ohne Unredlichkeit nicht in Abrede stellen kann, er würde das Geschehene gutgeheißen haben, wenn er voraus darum gewußt hätte. Das bleibt immer ein Gegenstand billiger Erwägung nach der concreten Beschaffenheit des einzelnen Falles, des arbitratus boni viri, für die sich wohl allgemeine Gesichtspunkte aufstellen lassen, aber keine linealmäßig regierende abstracte Regel.

Unpassend scheint uns übrigens der vom Verfasser an die Spitze gestellte Gegensatz auch dem Ausdrucke nach: Verwaltung, die als solche nützlich ist, und nutzbare Verwendung. Nützlich ist nur, was wirklich Nutzen bringt, und dabei kann vom Erfolg nicht schlechthin abgesehen werden. Man kann nicht wohl sagen, wie der Verfasser S. 3, die Administration als solche, das Verwalten an sich sei nützlich, auch ohne nutzenbringenden Erfolg. Richtiger sagte man: unter Umständen müsse ich das Verwalten eines Andern für mich anerkennen, wenn gleich es mir nicht nützlich gewesen sei. Was der Verfasser sagen will, ist: es komme darauf an, ob es für mich wünschenswerth, in meinem Interesse sei, daß überhaupt ein Anderer sich meiner Angelegenheit thätig annehme; wer dieß unter solchen Umständen in verständiger Weise thut, der hat Anspruch darauf, daß ich ihn schadlos halte, auch wenn unglück-

licher Weise, ohne daß ihn ein Vorwurf trifft, der Erfolg nicht günstig ausfiel oder vereitelt worden ist; wünschenswerth ist mir jenes aber in der Regel nur dann, wenn ich selbst nicht in der Lage bin, meine Sache wahrzunehmen. Mit Recht übrigens wird in dieser Beziehung der Unterschied zwischen universeller, genereller und specieller Geschäftsführung hervorgehoben. Ist die Lage der Dinge die, daß es in meinem Interesse liegt, wenn Jemand überhaupt der Besorgung meiner Angelegenheiten sich unterzieht, so muß ich es dankbar hinnehmen, daß dieß im Ganzen in einer Weise geschieht, wie man es von einem verständigen auf meinen Vortheil ernstlich bedachten Verwalter erwarten und verlangen kann, wenn auch Einzelnes nicht nach meinen Wünschen ausfällt, und dasselbe gilt in geringerem Umfange, wenn es sich um den Betrieb eines Geschäfts, das eine Reihe von Verwaltungshandlungen in sich begreift, handelt; ist dagegen nur von einer ganz speciellen einzelnen Verwaltungshandlung die Rede, so werden die Voraussetzungen, unter denen sie für mich verbindlich ist, strenger zu bestimmen sein, als wenn sie nur als Bestandtheil eines ganzen Complexes von Geschäftsführung in Betracht kommt.

Doch in das Detail der vorliegenden Abhandlung näher einzugehen, müssen wir uns hier enthalten, es würde dann eine vollständige Ausführung der Lehre von der negotiorum gestio erforderlich sein. Wir beschränken uns darauf, wiederholt anzuerkennen, daß der Verfasser als tüchtiger Praktiker eine Reihe von guten Bemerkungen zur richtigen Auffassung dieses Verhältnisses macht und so, ohne mit dieser Prätension aufzutreten, Beiträge zu dem „Naturstudium“ desselben liefert, die neben der darauf abzielenden Darstellung von Leist und zum Theile gegen diese um so mehr der Beachtung würdig sind, als sie aus lebendiger Anschauung des praktischen Lebens hervorgehen und sich nicht an den dogmatisirenden mit unnützer Phraseo- und Terminologie ausgestatteten Parallelismus des letztgenannten Schriftstellers gefangen geben.*

* Haimerl's Vierteljahrschr. I. Lit. S. 41—45. (1858.)

## 28.

# Stellung des Pachters zu den Concursgläubigern des Verpachters,*

mit Rücksicht auf §. 1102 des österr. bürgerl. Gesetzbuchs.

In Nr. 16 der Gerichtszeitung (1858) theilt Herr Dr. Ungermann einen interessanten Rechtsfall mit, dessen Entscheidung wesentlich von der Auslegung des oben angeführten §. 1102 abhängt. Es sei gestattet, darauf noch einmal mit einigen Bemerkungen zurückzukommen, die vielleicht zu richtiger Auffassung jenes Paragraphen etwas beitragen.

Johann G. hatte im October 1855 eine Wohnung auf die Dauer von drei Jahren, von Georgi 1856 bis Georgi 1859, gemiethet und den Miethzins für die ganze Miethzeit vorausbezahlt, den Miethvertrag jedoch nicht im Grundbuch eintragen lassen. Nachdem zu Anfang März 1856 über das Vermögen der Vermietherin Concurs ausgebrochen, meldete G. seine Miethrechte bei der Concursmassa an und stellte das Begehren: „es seien dieselben, insbesonders das Recht, seine Wohnung, sowie er solche bisher besessen habe und noch derzeit besitze, durch drei Jahre, von Georgi 1856 bis Georgi 1859, besitzen und benützen zu können, bei der Concursmassa für liquid zu halten und er sei damit vor allen Gläubigern zu classificiren". Dieses Begehren, in erster Instanz schlechthin abgewiesen, wurde in zweiter Instanz als begründet zugelassen, und dieß zweite Erkenntniß dann auch vom obersten Gerichtshofe bestätigt, jedoch mit dem ausdrücklichen Beisatze: „unbeschadet der rücksichtlich der Vorausbezahlung des Miethzinses den Hypothekargläubigern nach §. 1102 des a. b. G. B. zustehenden Rechte".

So stellt Herr Dr. Ungermann den Rechtsfall dar [1]. Der Art und Weise aber, wie er die Entscheidung des obersten Gerichtshofes auffaßt und commentirt, liegt die Annahme zu Grunde, daß durch den Ausbruch des Concurses die vertragsmäßigen Miethrechte an sich überall nicht afficirt werden, ausgenommen insoferne, als nach §. 1102 noch eine Nachzahlung des Miethzinses zur Deckung der Hypothekargläubiger

* Lehrb. §. 313. Anm. 2.

[1] Das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes hat wörtlich so gelautet: „Es seien für den Kläger die in dem Vertrage ddo. Wien den 2. October 1855 beurkundeten Miethrechte, daher insbesondere das Recht, die in dem Hause Nr. — auf der Wieden befindliche Wohnung im 1. Stocke, sowie Kläger solche bisher besessen und noch derzeit besitzt, während drei nacheinanderfolgender Jahre, von Georgi 1856 bis Georgi 1859, besitzen und benützen zu können, bei der Concursmassa liquid. — Der Ausspruch über die Classe bleibe dem Classificationsurtheile vorbehalten." — Hierauf erfolgte mittelst Erkenntnisses vom 26. Mai 1857, Z. 4269, die Bestätigung des obersten Gerichtshofes mit dem oben angeführten beschränkenden Beisatze.

in Frage kommen könne. Diese Annahme scheint mir ungegründet. Hat der Miether sich nicht nach §. 1095 durch Eintragung des Miethvertrages in die öffentlichen Bücher ein dingliches Recht gesichert, so hat er nur ein persönliches Recht, eine Forderung. Was ist deren Inhalt? Er besteht im Wesentlichen darin, daß ihm gegen Entrichtung des Miethzinses der Vermiether den ungestörten Gebrauch der in gehörigem Stand zu erhaltenden Sache für die Dauer der Miethzeit zu gewähren hat. So weit dieß nicht geschieht, es sei denn Zufall die Ursache davon, hat er Anspruch auf angemessene Entschädigung. Das ist seine Forderung gegen den Vermiether. Hat er den Miethzins vorausbezahlt, so hat er seinerseits, abgesehen von etwaigem Ersatz für schuldvolle Beschädigung, nichts mehr zu leisten, ist nur Gläubiger, ohne Gegenverbindlichkeit. Jene Forderung nun wird allerdings durch den Concurs des Vermiethers in ihrem rechtlichen Bestand nicht alterirt, so wenig wie die Forderungen anderer Gläubiger des Cridars. Die Concursmassa tritt an die Stelle des Gemeinschuldners. Sowie nun jeder andere Gläubiger desselben gegen die Massa seine Forderung geltend zu machen hat, so geht nun auch die Forderung des Miethers aus dem Miethvertrage gegen diese. Aber sie hat auch als einfache Forderung keinen Vorzug vor den Forderungen anderer Gläubiger; in ihrer Realisirung muß sie sich ebenso wie diese, wenn das Schuldner-Vermögen nicht zur Befriedigung Aller ausreicht, eine Beschränkung durch die Concurrenz gefallen lassen. Der Miether hat keinen Anspruch auf vorzügliche Befriedigung, auf Classification seiner Miethrechte vor den übrigen Gläubigern. Gesetzt, es hätte Jemand vom Cridar eine Sache gekauft und den Preis bezahlt, aber die Sache wäre zur Zeit der Eröffnung des Concurses noch nicht durch Uebergabe oder Eintrag in den öffentlichen Büchern in sein Eigenthum übergegangen: ich denke, man wird nicht zweifeln, daß der Käufer seine Forderung aus dem Kaufcontracte, gleich allen andern Chirographargläubigern, anzumelden, zu liquidiren und deren Classification in gleicher Linie mit diesen sich gefallen zu lassen habe. Nun, nach §. 1094 ist, wenn der Miethvertrag abgeschlossen, der Gebrauch der Sache als g e k a u f t anzusehen; ein dingliches Recht des Gebrauchs hat der Miether nicht erworben; warum sollte nun hier etwas wesentlich Anderes gelten, als dort? Warum sollte der Miether, der den Miethzins bereits bezahlt hat, ein besseres Recht auf vollständige Erfüllung der Gegenleistung haben, als der Käufer? ein besseres Recht, als der Darleiher auf Rückzahlung der Darlehenssumme und Auszahlung der verabredeten Zinsen? Ich sehe keinen Grund. Gesetzt also, der Cridar hätte vor dem Concurs

sein Haus etwa aus besonderer Freundschaft zu einem geringeren Zins auf viele Jahre vermiethet, oder es wären seit dem Miethvertrage die Miethwohnungen sehr im Preise gestiegen: müßte nicht der Miether sich im Fall der Unzulänglichkeit des Cridar-Vermögens eine Kürzung der daraus für ihn hervorgehenden Ansprüche gefallen lassen? Nach der Natur der Sache, so scheint es, und der Billigkeit gemäß, ist die Frage mit Ja zu beantworten. Der Concursmassa wäre das Recht einzuräumen, den Miethvertrag zu kündigen und das Haus anderweitig zu besserem Preise zu vermiethen oder auch ohne Rücksicht auf die vieljährige Miethzeit zum Verkauf zu bringen, dem Miether aber zu überlassen, seine Entschädigungsansprüche in dem Concursverfahren gleich den andern Gläubigern geltend zu machen. — Sehen wir nun, ob diese Entscheidung mit den positiven Rechtsbestimmungen harmonirt? oder ob ihr solche entgegenstehen?

Nach gemeinem Recht ist die vorliegende Frage streitig. In L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. sagt Ulpian: Si quis fructus ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ante neque venierit neque locatus erit; nam si iam a debitore vel locatus erat vel venierat, servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, etsi minoris distractum est vel locatum, nisi si in fraudem creditorum hoc fiat; tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant. Auf diese Stelle gestützt, haben gemeinrechtliche Schriftsteller behauptet, daß der Concurs auf die vom Cridar vorgenommenen Verpachtungen und Vermiethungen keinen Einfluß habe, obwohl einzelne der Meinung waren, daß andererseits Pachtung und Miethe von Seiten des Cridars durch Eröffnung des Concurses sich endige (Danz, summar. Proc., §. 134. not. 6. G. L. Böhmer electa iur. civ. exercit. XI.). Aber mit Recht haben sich in neuerer Zeit eine Reihe anderer Juristen, und darunter die bedeutendsten Autoritäten der Proceßlehre, gegen jene Ansicht erklärt. So namentlich Bayer, Theorie des Concursproc., 4. Aufl., §. 31. Anm. 1., und Mühlenbruch, Entw. des Civilproc., §. 606. Der letzte empfiehlt daselbst, sowie in der Lehre von der Cession der Forderungsrechte, §. 19. a. E. Anm. 392., eine besondere der Vertheidigung der richtigen Ansicht gewidmete Abhandlung von Karsten (Hamburg 1809), und führt eine dagegen erschienene Streitschrift von Benkard (Rostock 1813) als einen Beweis dafür an, wie sehr man „den richtigen Grundsatz immer noch verkennt“, der jedoch seitdem

noch von Liebe und Schenck in besondern Aufsätzen vertheidigt worden ist (vergl. die Zeitschrift für Civilrecht und Proc. XIII. S. 77 fg., S. 99 fg.).

Die L. 8. §. 1. cit. schließt den Verkauf des fruchttragenden Grundstücks selbst keineswegs aus. Sie bezieht sich zunächst nur auf die Verwaltung des schuldnerischen Vermögens, nachdem einem Gläubiger die prätorische missio in possessionem bonorum ertheilt worden. Dabei schützte vorerst der Prätor den bisherigen rechtmäßigen Pachter in seinem Pachtverhältniß, aus welchem dieser ja auch Gläubiger war und wegen seiner daraus hervorgehenden Ansprüche wie andere dem immittirten Gläubiger hinzutreten konnte. Kam es alsdann zur eigentlichen distractio bonorum durch den dafür zu bestellenden Curator, so war dieser nicht gehindert, auch das verpachtete Grundstück zum Verkauf zu bringen, und dem neuen Eigenthümer stand nichts im Wege, den Pachter zu verdrängen, der alsdann seine persönlichen Ansprüche gegen den Verpachter geltend machen, oder, sofern er an der Immission Theil genommen, aus der Massa gleich den übrigen Gläubigern seine Befriedigung suchen konnte. War ja doch dem Verpachter selbst vorher nicht benommen, das Grundstück zu veräußern und den Pachter auf Verfolgung seiner persönlichen Entschädigungsansprüche zu verweisen! Man vergegenwärtige sich nur, wie es nach dem älteren Recht sich verhielt, nach welchem nicht eine distractio bonorum, sondern eine venditio bonorum als Gesammtverkauf des Vermögens stattfand, und der bonorum emtor als Universal-Successor in alle Activa und Passiva des Schuldners eintrat, aber die Schulden nur zum Betrage der von ihm licitando angebotenen Procente zu bezahlen verpflichtet war. Es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß derselbe nicht auch dem Miether gegenüber die gleiche Beschränkung auf die zugesagten Procente hätte in Anspruch nehmen können, umsoweniger, da nach dem damals geltenden Formularproceß alle Forderungen in ihrer Realisirung auf Geld zurückgeführt wurden. Was aber nach jenem Verfahren dem bonorum emtor zustand, das muß ebenso bei dem später üblichen Concursverfahren der Gesammtheit der Gläubiger zum Zweck der distractio bonorum zugestanden sein.

Aber was man auch von der angeführten Stelle der Pandekten halten mag, so kommt noch weiter in Betracht, daß das heutige Concursverfahren in seiner Grundlage von dem römischen, auf welches sich jene Stelle bezieht, wesentlich verschieden ist, und daher, was für dieses gelten mochte, nicht ohneweiters auch für jenes als maßgebend angenommen werden kann. Nach römischem Recht konnte der einzelne

Gläubiger die Immission in die Güter des Schuldners erwirken, und es war dem Belieben der übrigen überlassen, sich dabei zu betheiligen oder die ihnen sonst zu Gebote stehenden rechtlichen Wege, zu ihrer Befriedigung zu gelangen, einzuschlagen. So waren insbesondere die Pfandgläubiger nicht genöthigt, sich in den Concurs einzulassen, sondern konnten ihr Pfandrecht selbständig für sich geltend machen, und ebenso konnte auch ein Retentionsrecht an Sachen des Schuldners zu demselben Zwecke geübt werden, wo es sonst begründet war. Nach heutigem Recht dagegen wird von Eröffnung des förmlichen Concurses an die Ordnung des ganzen Schuldenwesens gleichsam von Amtswegen im gemeinsamen Interesse der sämmtlichen Gläubiger, zugleich aber auch in Vertretung des Cridars, von dem Concursgericht in die Hand genommen, und werden alle diejenigen, welche in irgend einer Weise Ansprüche an das schuldnerische Vermögen oder einzelne Gegenstände desselben zu machen haben, durch Edictalladungen aufgefordert, dieselben rechtzeitig anzumelden und zu liquidiren, um alsdann nach den Regeln des Concursverfahrens ihre Befriedigung ganz oder theilweise zu erwarten, sowie andererseits diejenigen, welche etwas zu dem Schuldnervermögen Gehöriges in Händen haben, dasselbe einzubringen angehalten werden. Hier nun ist vollends kein Grund einzusehen, warum gewissen Forderungen, warum insbesondere den Forderungen aus Mieth- und Pachtverträgen, wenn sie weder zu den privilegirten gehören noch durch Pfandrechte gesichert sind, ein Recht auf vorzügliche Befriedigung vor den übrigen eingeräumt werden müßte. Der Miether hat ein Recht auf Gewährung der Benützung der Sache für die Dauer der Miethzeit, d. h. auf eine Leistung aus dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners, nicht anders und nicht besser, wie der Käufer einer noch erst zu überliefernden Sache, wie der Darleiher, dessen Geld in jenes Vermögen übergegangen ist, und der nur, was er an dasselbe verloren hat, zurückverlangt. Daß der eine den Gebrauchswerth, der andere den Sach- oder Kapitalwerth aus dem Vermögen herausziehen will, kann vernünftiger Weise keinen Unterschied machen. Nur dann wäre es ein Anderes, wenn jener Gebrauchswerth bereits aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden und als Inhalt eines selbständigen Rechts, d. i. eines dinglichen Rechts, einer bestimmten Person erworben wäre, sowie der Käufer, dem bereits vor Eröffnung des Concurses das Eigenthum einer Sache des Schuldners erworben worden, nicht mehr als Gläubiger aus der Massa, von der jenes Eigenthum keinen Bestandtheil mehr bildet, seine Befriedigung zu suchen hätte.

Von solchen Gesichtspunkten ausgehend, stellt ein anerkannter Koryphäe unter den gemeinrechtlichen Proceßlehrern, Bayer in seinem Concursproceß §§. 31. 32., folgende Grundsätze auf:

Hatte der Cridar vor Eröffnung des Concurses verkauft und den Kaufpreis empfangen, aber noch nicht tradirt, so muß der Käufer mit der actio emti als Concursgläubiger sein Interesse verfolgen; war weder Zahlung noch Tradition schon erfolgt, so kann zwar der Massa-Curator die Tradition anbieten und den Preis fordern; wenn dieß aber nicht geschieht, so muß wieder der Käufer als Concursgläubiger mit der actio emti seine Entschädigung suchen. Ebenso: hatte der Cridar eine eigene Sache verpachtet, so können die Gläubiger den Pacht ohne Zweifel aushalten und das durante crida verfallende oder etwa rückständige Pachtgeld zur Massa ziehen. Am Verkaufe des verpachteten Gutes sind jedoch die Gläubiger nicht verhindert; sie müssen also den Pachtvertrag keineswegs aushalten; und für diesen Fall hat der zum Abzug genöthigte Pachter seinen Entschädigungsanspruch als Concursgläubiger geltend zu machen, und muß ihn eben deßhalb nach Eröffnung des Concurses eventuell vorsichtshalber anmelden. Hatte er nun das Pachtgeld schon im Voraus bezahlt, so hat er eben auch nur als Concursgläubiger einen Entschädigungsanspruch, der sich nur vergrößert dadurch, daß keine Gegenleistung in Abzug kommt, aber keine andere Natur annimmt, als im andern Falle. Das sagt zwar Bayer a. a. O. nicht ausdrücklich; aber es ergibt sich von selbst als Consequenz, nach demselben Gesichtspunkte, nach welchem der Fall beurtheilt wird, wenn der Käufer den Preis bezahlt, aber die Sache nicht tradirt erhalten hat.

So verhält es sich nach gemeinem Recht, so nach der Natur der Sache. Sehen wir nun, ob damit das österreichische Recht übereinstimmt? oder ob uns Bestimmungen desselben nöthigen, etwas anderes anzunehmen? Nur, wenn das letzte der Fall ist, können und müssen wir den Resultaten der vorstehenden Erörterung für die österreichische Praxis entsagen. Denn wenn man auch der gemeinrechtlichen Doctrin als solcher für jene keine Autorität einräumen will, den Folgerungen aus der Natur der Sache kann man sie nicht versagen. Ja, ihr Gewicht ist um so entscheidender, da die oben beleuchtete L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. im Gebiet der österreichischen Rechtspflege jedenfalls gar kein Gegengewicht in die Wagschale legen kann, wenn man auch etwa aus derselben als einer positiv-rechtlichen Vorschrift für das Gebiet des gemeinen Rechts ein solches entnehmen zu können der Meinung sein sollte.

Die Concursordnung gibt auf unsere Frage meines Wissens keine

specielle Antwort. Diese ist nur aus dem bürgerlichen Gesetzbuch zu gewinnen, und in diesem ist es allein der §. 1102, der in näherer Beziehung zu unserer Frage steht, daher auch die einzige Gesetzesstelle, welche in dem Anfangs erwähnten Referate in Betracht gezogen wird. In den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen der Bestandverträge ist nichts enthalten, was dem Ergebniß unserer obigen Erörterung im Wege stünde. Ist der Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen, so ist freilich nach §. 1095 das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, und dieß bringt von selbst eine wesentlich andere Behandlung desselben im Concursverfahren mit sich. Aber eben aus diesem §. 1095. geht hervor, daß außerdem das nach §. 1098. dem Miether und Pachter zustehende Recht, die Mieth- und Pachtstücke dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benützen, nur ein persönliches Recht, eine Forderung, ein bloßes Gläubigerrecht ist, ebenso wie andererseits der Bestandgeber nach §. 1100. eine Forderung hat auf Zahlung des Mieth- oder Pachtzinses, regelmäßig nach Verlauf der Bestandzeit oder bei längerer Bestandzeit nach Verlauf je eines halben Jahres. Es findet darauf alles Anwendung, was oben vom Standpunkt des gemeinen Rechtes über die Geltendmachung dieser Rechte im Concurse gesagt worden ist. Der §. 1102. sagt nun wörtlich:

„Der Bestandgeber kann sich zwar die Vorausbezahlung des Bestandzinses bedingen. Hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung vorausgeleistet, so kann er dieselbe nur in dem Falle, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, den später eingetragenen Gläubigern entgegensetzen“.

Aus dem zweiten Satze des Paragraphen kann man als explicite oder implicite darin enthalten folgende einzelne Sätze herauslesen: 1. Die Vorausleistung *einer* Fristzahlung kann der Bestandnehmer (natürlich vorausgesetzt, daß sie vor Eröffnung des Concurses stattgefunden) *allen* Gläubigern des Bestandgebers entgegensetzen, sie mag in die öffentlichen Bücher eingetragen sein oder nicht. 2. Mehr als eine vorausgeleistete Fristzahlung kann er den schon früher in den öffentlichen Büchern auf das in Bestand gegebene Grundstück eingetragenen Gläubigern überall nicht entgegensetzen. 3. Mehr als eine vorausgeleistete Fristzahlung kann er, wenn sie in die öffentlichen Bücher eingetragen worden, den später eingetragenen Gläubigern entgegensetzen. Dagegen 4. kann er solche, wenn sie nicht eingetragen worden, den später (d. h. hier, nach geschehener Zahlung) eingetragenen Gläubigern nicht entgegensetzen. Wohl aber kann er 5. den nicht eingetragenen Gläubigern alle voraus-

geleisteten Fristzahlungen, diese mögen eingetragen sein oder nicht, entgegensetzen.

Es fragt sich nun, was heißt „Entgegensetzen"? Offenbar nichts anderes, als „sich darauf berufen", zur Vertheidigung gegen einen Anspruch, oder auch gegen die Bestreitung der Geltendmachung eines Anspruches, den man seinerseits durch die geleistete Vorausbezahlung erworben zu haben behaupten mag, also zur Geltendmachung eben dieses Anspruches. Von welcherlei Art und Inhalt diese Ansprüche seien, darüber gibt der Paragraph schlechterdings keinen Aufschluß, nicht einmal eine Andeutung; er hat sich, gewiß mit guter Ueberlegung, eines Ausdruckes bedient, der dieses ganz dahin gestellt sein läßt, und es kann daher aus diesem Paragraphen allein darüber, welcherlei Ansprüche für oder gegen den Bestandnehmer im Fall des Concurses über das Vermögen des Bestandgebers in Frage kommen, lediglich nichts entnommen werden. Insbesondere enthält der Paragraph nicht ein Wort, welches andeutet, daß der Fortbestand der vertragsmäßigen Miethrechte nach ihrem ganzen Inhalt und Umfang durch die Concurrenz der Gläubiger nicht alterirt werde und nur die nochmalige Zahlung des Miethzinses gegenüber den Hypothekargläubigern in Frage kommen könne. Das allerdings geht aus dem Paragraphen, als ihm zum Grunde liegende Voraussetzung hervor, daß der Miethcontract und das Forderungsrecht des Miethers aus demselben durch die Ansprüche der Gläubiger nicht *aufgehoben* wird. Aber das versteht sich ohnehin von selbst. Aus welchem Grunde sollte das Forderungsrecht des Miethers weniger geachtet werden, als die Forderungen anderer Gläubiger des Vermiethers? Sehen wir also, wie sich das Verhältniß des Bestandnehmers im Concurse unter Anwendung der oben aus §. 1102. hervorgehobenen Sätze gestaltet?

1. Die Concursmassa *kann* den vom Cridar geschlossenen Miethvertrag aushalten; sie *muß* es, wenn dieser in das öffentliche Buch eingetragen ist. Geschieht dieß und der Miether wird demgemäß wegen Entrichtung der später fällig werdenden Miethzinse in Anspruch genommen, so kann er die vorausgeleisteten Zahlungen entgegensetzen. Dieß hilft ihm jedoch nicht gegen die vorher eingetragenen Hypothekargläubiger; es hilft ihm, wenn die Vorauszahlung nicht eingetragen ist, auch nicht gegen die später eingetragenen Gläubiger; diese können vielmehr nochmalige Zahlung der vorausgezahlten Miethzinse verlangen. Da er aber gegen den Cridar unläugbar ein Forderungsrecht auf unentgeltliche Benützung der Sache für die Dauer der bereits vorausbezahlten Miethziele

hat, so kann er wegen jener Doppelzahlung ohne Zweifel als einfacher Gläubiger seine Entschädigungsansprüche im Concurs geltend machen, wenn er sie (eventuell) rechtzeitig angemeldet hat.

Doch kann man ihm billiger Weise auch nicht versagen, daß er, anstatt den Miethzins noch einmal zu zahlen, von der Fortsetzung der Miethe ganz abstehe. Denn die Hypothekargläubiger haben als solche ja durchaus kein Recht auf Fortzahlung der mit dem Cridar verabredeten Miethzinse. Der §. 1102. bezweckt nichts anderes, als dieselben dagegen sicher zu stellen, daß ihnen nicht der Nutzungswerth des hypothecirten Grundstückes als Mittel ihrer Befriedigung durch einen Umstand entzogen werde, von dem das öffentliche Buch zur Zeit der Eintragung ihrer Forderungen ihnen keine Kunde gab. Wenn also der Miether sich ganz zurückziehend ihnen die freie Nutzung überläßt, so haben sie alles, was sie als Hypothekargläubiger fordern können; als bloße Concursgläubiger aber können sie nicht das Aushalten des vom Cridar geschlossenen Vertrages begehren, ohne die diesem bereits geleistete Gegenleistung anzuerkennen.

2. Die Concursmassa ist aber nicht verpflichtet, den vom Cridar geschlossenen Miethvertrag auszuhalten, wenn derselbe nicht eingetragen ist. Sie kann auch den Miethgegenstand, wie alles andere, was zum Vermögen des Cridars gehört, ohne Rücksicht auf jenen einziehen und zum Verkaufe bringen, um daraus den höchstmöglichen Beitrag zur Deckung der Cridarschulden zu erzielen. Nichts ist einleuchtender, als daß dieses Recht wenigstens den Hypothekargläubigern einzuräumen sei. Man setze den Fall: Ein Gläubiger läßt sich an einem Hause von beträchtlichem Werthe eine Hypothek bestellen; hinterher macht er die Entdeckung, daß der Eigenthümer dasselbe seinem Schwiegersohne auf zwanzig Jahre zu einem überaus billigen Jahreszins vermiethet habe; will man ihm zumuthen, daß er nun die ganze Zeit hindurch jenen Miethvertrag gelten lassen müsse, während inzwischen die Miethzinse überhaupt auf gut wienerisch gestiegen sind? Man erzählt sich, es sei nicht unerhört, daß Vermiether durch Finanz-Autoritäten genöthigt worden seien, ihre nächsten Angehörigen wider Willen zu steigern: darüber mag sich der Laie billig verwundern. Wenn aber in obigem Falle den Hypothekargläubigern auferlegt wäre, die zwanzig Jahre hindurch nicht zu steigern; wenn ihnen nicht gestattet wäre, das Haus nach dem daraus wirklich zu erzielenden Miethertrag zu verwerthen, so müßte jeder Jurist das höchst verwunderlich finden. Aber wir haben schon oben gesehen, daß auch den übrigen Concursgläubigern gegenüber der Miether die unverkürzte Erfüllung jenes vortheilhaften Miethvertrages auf Kosten der ersten in

Anspruch zu nehmen durchaus nicht berechtigt sei. Wird nun solcher Weise der Miethvertrag gebrochen, so kann der Miether wiederum seine Entschädigungsansprüche als Concursgläubiger im Concursverfahren geltend machen, aber ohne dieserhalb die Classification vor den übrigen Gläubigern begehren zu können. Die Größe derselben wird sich zunächst nach dem Werthe der Benützung mit Rücksicht auf die zur Zeit geltenden Miethzinse bestimmen. Dagegen kommen andererseits die Miethzinse, welche der Miether noch zu zahlen gehabt hätte, in Aufrechnung. Hat nun aber der Miether schon mehrere Fristzahlungen voraus geleistet, so kann er diese entgegensetzen und die Liquidirung des vollen Betrages des Benützungswerthes für die entsprechende Zeit begehren. Aber den Hypothekargläubigern kann er auch hier die nicht eingetragenen Fristzahlungen nicht entgegensetzen. Er kommt mit seinem Anspruch eben erst nach den Hypothekargläubigern zur Befriedigung und kann nicht etwa ein Retentionsrecht an dem Miethgegenstand üben, bis ihm für die vorausgeleisteten Fristzahlungen Vergütung geworden sei. Waren diese eingetragen, dann allerdings muß ihm wegen Ersatzes derselben nach §. 1102. auch hier vor den später eingetragenen Gläubigern der Vorzug eingeräumt werden.

Blicken wir nun zurück auf den Rechtsfall, der zu diesen Bemerkungen den Anstoß gegeben, so werden wir anerkennen müssen, daß es dem abweisenden Erkenntniß erster Instanz nicht an gutem Grunde fehlte. Sowie das Klagebegehren gestellt, war dieses in der That nicht begründet. Es hätte sich darauf beschränken müssen, daß die aus dem Miethvertrage nach Vorausbezahlung des dreijährigen Miethzinses für den Kläger entspringenden Rechtsansprüche unter die Concursforderungen eingereiht werden, vorbehaltlich deren genauerer Liquidation für den Fall, daß entweder die Miethe in Folge des Concurses ganz aufgehoben oder der Miether zu abermaliger Zahlung des Miethzinses angehalten werden sollte. Das Recht, die fragliche Wohnung wie bisher noch zum Ende der Miethzeit benutzen zu dürfen, ohne weitere Zinszahlung, konnte wohl der Kläger zunächst als Inhalt seiner Miethforderung gegen den Cridar anführen. Aber nicht konnte er dieß auch als einen gegen die Concursmassa jedenfalls unverkürzt zu erfüllenden Rechtsanspruch geltend machen, und nicht die Classification desselben vor allen Gläubigern, auch nicht vor den Chirographargläubigern, in Anspruch nehmen. Nur mit dieser Einschränkung konnte dem Petitum Statt gegeben werden. Mit vollem Recht hat daher das Urtheil des obersten Gerichtshofes dem Erkenntniß zweiter Instanz den ausdrücklichen Vorbehalt der Rechte der

Hypothekargläubiger aus §. 1102. hinzugefügt, indem es zugleich durch seinen Tenor über den Gegenstand und Umfang dieser Rechte nichts präjudicirt. Es würde nur zu beanstanden sein, wenn und insofern, wie man aus dem Referat in Nr. 16 schließen möchte, damit stillschweigend dem Gesuche um Classification jener Miethrechte vor allen übrigen Gläubigern willfahrt sein sollte.*

---

29.

## Zu L. 20. D. de contrah. emt. 18. 1.**

Auch bei dieser Stelle (wie bei der oben unter Nr. 5. S. 40 fg. besprochenen) habe ich Bedenken gegen die von Huschke a. a. O. vorgeschlagene Verbesserung. Sabinus respondit, so lautet sie, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri. Huschke schlägt vor, statt etiam zu lesen alienam, was allerdings den Buchstaben nach auf leicht erklärliche Weise aus etiam entstanden sein könnte. Allein es scheint mir in den Zusammenhang nicht zu passen. Wenn wir bei einem Bildhauer oder Erzgießer eine Statue, bei einem Silberarbeiter ein Gefäß bestellen, ohne das Material dazu herzugeben, so können wir gewiß nicht sagen, daß wir rem nobis fieri velimus alienam. Die res, quam nobis fieri volumus, ist die durch die Arbeit des andern Contrahenten hervorzubringende Sache, und zu dieser paßt das Beiwort aliena nicht. Res aliena könnte nur den fremden Stoff bezeichnen, aus welchem für uns die Sache gemacht werden soll, dieser ist aber nicht die Sache, welche wir wollen machen lassen. Rem nobis fieri volumus alienam müßte man übersetzen: Wir wollen, daß eine fremde Sache (Stoff) für uns gemacht (bearbeitet) werde, nämlich zu einer nova species; dazu aber würden dann die Beispiele mit dem Accusativ nicht passen, da man nicht wohl sagen könnte: z. B. statuam nobis fieri alienam. Zudem ist das Beiwort alienam überflüssig; denn was dadurch angedeutet werden soll, wird durch die folgenden Worte, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, klar und vollständig ausgedrückt. Ich würde daher der Emendation et dari statt etiam den Vorzug geben. Vgl. L. 65. D. de contrah. emt.: si ex

* Oesterr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1858. Nr. 28. 29.

** Lehrb. §. 315. Anm. 1.

meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtionem puto esse. Doch könnte man vielleicht auch durch Versetzen des etiam vor si quam helfen, voraussetzend, daß bei Pomponius vorher von andern verwandten Fällen die Rede gewesen sei, oder man möchte etiam streichen und dafür gleich nachher setzen: ita ut nihil etc.* — Mommsen hat jetzt vorgeschlagen: etiam vor fieri zu versetzen.

---

30.

## Zur Lehre von der Fiducia.**

Erklärung der L. 16. D. de obl. et act. 44. 7.

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. Nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquiret. Haec ita si peculiare negotium contractum est; nam ex hac causa etiam possessio acquisita intelligi debet.

Es sind verschiedene wenig befriedigende Versuche gemacht, dieses Fragment zu erklären [1]. Ohne mich auf diese näher einzulassen, will ich zuvor sofort angeben, wie ich glaube, daß mit Hilfe der neuen Aufschlüsse, die wir durch Gaius erhalten haben, die Stelle befriedigender erklärt werden könne. Ich spreche nämlich ohne Bedenken die Vermuthung aus, daß Julian geschrieben habe: Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit, et fundum vel hominem pignoris causa ei mancipaverat (oder mancipio dederat), et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per mancipationem (oder mancipio) accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. etc.

Vergleichen wir, was uns Gaius II. §. 59. 60. von der bei mancipatio fiduciae causa stattfindenden usureceptio mittheilt, so wird die obige Vermuthung keinen Anstoß finden.

* Gießener Zeitschr. n. F. VIII. S. 102. (1851.)

** Lehrb. §. 365. Anm. 1.

1 Cuiacius in opp. omn. edit. Neapol. tom. VI. pag. 84. 85. tom. VIII. pag. 343. Chesius de differentiis iur. cap. 89. in Heineccii iurisprud. Rom. et Att. tom. II. pag. 872. Retes in Meermanni thesaur. tom. VI. pag. 54. tom. VII. pag. 87.

War vom Schuldner zum Zweck der Verpfändung eine Sache cum fiducia mancipirt, so konnte jener nach Bezahlung der Schuld die Sache unbedingt usurecipiren; so lange aber die Schuld nicht getilgt war, nur dann, wenn er nicht durch conductio oder precarii rogatio vom Gläubiger den Besitz der Sache erlangt hatte. Julian nun machte von diesen Grundsätzen Anwendung auf den Fall, wenn einem Erbschaftssclaven in solcher Weise eine Sache zum Pfande gegeben, d. h. zum Zweck der Verpfändung ihm durch Mancipatio die Proprietas der Sache übertragen worden war. So erklärt sich die Zusammenstellung: nam servus hereditarius sicuti u. s. w. Wie der Sclave durch die Mancipation die Proprietas für die Erbschaft erwirbt, so hat auch seine precarii datio die Wirkung, daß nun der Schuldner die mancipirte Sache nicht ohneweiters usurecipiren kann. So erklärt sich ferner der Zusatz am Ende des Fragments. Meine obige Behauptung, sagt hier Julian, ist jedoch nur dann richtig, wenn ein Peculiargeschäft vorausgesetzt wird; denn in diesem Falle ist auch der Besitz als erworben anzusehen. Wäre kein Peculiargeschäft vorhanden, so würde zwar durch die an den Sclaven geschehene Mancipation die Proprietas nichts desto weniger der Erbschaft erworben sein; denn der Sclave kann der Erbschaft gleich einem andern Herrn durch Mancipatio erwerben; allein den Besitz kann derselbe außer ex peculiari causa seinem Herrn nur dann erwerben, wenn dieser den Besitz erwerben will und dem Sclaven der Besitzergreifung befohlen hat; die Hereditas hat aber keinen Willen, keinen animus possidendi, sie kann also nicht animo suo, corpore alieno, oder der Sclave kann nicht für sie Besitz erwerben[2]. Ist nun kein Besitz erworben, so kann auch keiner precario überlassen werden, und es tritt dann das sonst stattfindende Hinderniß der Usucapion nicht ein.

Die Justinianischen Compilatoren haben, wie in manchen andern Stellen, nur das Wort mancipatio mit traditio vertauscht, übrigens aber keine Veränderung vorgenommen, ohne zu bemerken, daß die Stelle sich auf ein im Justinianischen Recht völlig abrogirtes Institut bezog, und daß sie durch jene Veränderung nicht nur ihre ursprüngliche Bedeutung verlor, sondern auch für sich ganz unklar wurde.

Da das Fragment keine praktische Bedeutung mehr hat, so ist es natürlich von größerem Interesse, zu wissen, wie dasselbe nach seinem

[2] L. 1. §. 5. L. 4. 24. 44. §. 1. D. de poss. 41. 2. vgl. L. 34. §. 1. 2. L. 42. §. 1. ibid. L. 1. §. 15. D. si is qui test. liber esse iussus erit. 47. 4. »possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi.« Nach dieser letzten Stelle könnte man glauben, daß auch an den Peculiarsachen der Erbschaftssclaven kein Besitz stattfinde. Nach unserer Stelle aber muß Julian nicht dieser Meinung gewesen sein.

ursprünglichen Zusammenhange von dem Verfasser selbst verstanden wurde, und an einem neuen Beispiel zu sehen, wie sorglos häufig die Justinianischen Compilatoren bei ihrer Arbeit verfuhren, als zu ermitteln, welcher Sinn nun demselben in der Justinianischen Compilation beizulegen sei. Doch wollen wir darüber noch einige Worte hinzufügen.

Cuiacius a. a. O. nimmt mit der Glosse an, unter der dem Erbschaftssclaven zu Pfand gegebenen Sache sei eine res hereditaria zu verstehen, welche der Verpfänder bisher ad usucapionem besessen habe. Durch die bloße Hingabe zu Pfande nun, meint er, werde in diesem Falle die Usucapion nicht unterbrochen, weil quoad usucapionem der Verpfänder noch immer als Besitzer angesehen werde [3]. Indem aber der Sclave die Sache dem Verpfänder precario überlasse, so höre dieser allerdings auf zu usucapiren, weil er die Sache nun nicht mehr civiliter als die seinige, animo domini, sondern nur naturaliter als eine fremde besitze (nam rei meae precarium non consistit.). Es mache also unser Fragment eine Ausnahme von der in L. 36. D. de acquir. vel amitt. poss. ausgesprochenen Regel: „quia, wie er sagt, servus hereditarius dominae suae, id est hereditatis iacentis, conditionem deteriorem facere non potest, rem hereditariam dando precario; meliorem facere potuit, sed non deteriorem". Allein wird angenommen, daß die zu Pfand gegebene Sache res hereditaria sei, so muß behauptet werden, daß schon die Hingabe zu Pfande die Usucapion unterbreche. Denn wird dem Eigenthümer seine eigene Sache verpfändet, so entsteht kein Pfandrecht; das Geschäft ist nichtig; es wird daher auch Usucapionsbesitz des Verpfänders nicht mehr angenommen, weil nur in Beziehung auf ein wirklich bestehendes Pfandrecht zugelassen ist, daß der Verpfänder quoad usucapionem als Besitzer gelte, wenn gleich, quod ad omnes alias causas attinet, der Faustpfandgläubiger Besitzer ist [4]. Es hört selbst die Usucapion des Verpfänders auf, wenn der Pfandgläubiger erst später, z. B. durch Beerbung des wahren Eigenthümers, das Eigenthum der Pfandsache erwirbt [5]. Nun will zwar Cuiacius die Anwendung dieser Sätze hier nicht zulassen, weil nicht der Sclave, dem die Sache zu Pfand gegeben worden, der Eigenthümer sei, sondern die Hereditas. Aber mit Recht bemerkt Chesius a. a. O. „haec sane

[3] L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. poss. 41. 2. L. 16. D. de usurpat. et usucap. 41. 3.

[4] L. 33. §. 5. D. de usurpat. et usucap.: si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere.

[5] L. 29. D. de pignerat. act. 13. 7. Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit; idcirco usucapio tua interpellabitur.

ratio Cuiacio indigna est". Denn der Sclave erwirbt das Pfandrecht sowohl als den Besitz der zu Pfand gegebenen Sache (ex peculiari causa) nicht sich, sondern der Erbschaft, zu welcher er mit seinem Peculium gehört. Es kann also auch, wenn dem Erbschaftssclaven eine Sache der Erbschaft zu Pfand gegeben ist, das Pfandrecht nicht bestehen, und daher Fortsetzung der Usucapion des Verpfänders nicht Statt haben. Gibt man aber auch zu, daß in unserem Falle die Uebergabe zu Pfande die Usucapion nicht störe, so ist wieder die Erklärung, warum denn nun die precarii rogatio der Usucapion hindernd entgegentrete, durchaus unbefriedigend. L. 36. D. de acquir. vel omitt. poss. lehrt folgendes: Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere, (verstehe, quoad usucapionem). Sed etsi eundem precario rogaverit, aeque per diutinam possessionem capiet. Nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse debet: cum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet. Dieß ist gewiß ganz vernünftig und consequent. Der Verpfänder soll die angefangene Usucapion fortsetzen, obgleich er den Besitz der Sache auf den Faustpfandgläubiger übertragen hat. Nun gibt ihm dieser precario den Besitz zurück; alle andern Bedingungen der Usucapion sind noch eben so vorhanden wie vorher; der Verpfänder hat nur noch den Besitz dazu erlangt; warum sollte er nun nicht mehr usucapiren? Seine possessio ist ja nur in so weit precaria, als sie der Pfandgläubiger hatte und ihm precario überließ, d. i. quoad reliquas omnes causas außer ad usucapionem. Denn ad usucapionem besaß der Verpfänder schon vor der precarii datio. Warum nun dieß in obigem Falle nicht anwendbar sein sollte, ist nicht einzusehen. Der Usucapionsbesitzer hat dem Erbschaftssclaven die Sache zum Faustpfande übergeben; er setzt nach des Cuiacius Meinung nichts desto weniger die angefangene Usucapion fort; nun erwirbt er durch Verleihung des Sclaven noch precaria possessio des Pfandes; dadurch soll denn seine Usucapion plötzlich abgeschnitten sein. Daß er jetzt nicht civiliter, sondern nur precario und daher nur naturaliter besitze, ist kein zutreffender Grund dafür; denn dieser Grund paßte auf alle Fälle der Art und so käme man in Widerspruch mit L. 36. D. cit. Auch ist er in sich unwahr, weil der Verpfänder nur rücksichtlich des dem Gläubiger übertragen gewesenen Besitzes precario besitzt, quoad usucapionem aber sein Verhältniß zur Sache nicht schlechter geworden ist. Und wenn schon vor der precarii datio die Sache von dem Verpfänder usucapirt werden konnte, so wird

auch die Lage der Hereditas in dieser Beziehung nicht verschlechtert; für die Verbesserung aber, die in der Unterbrechung der Usucapion bestehen würde, müßte es einen besondern Grund geben.

Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, hat Chesi, die Voraussetzung daß die fragliche Sache res hereditaria sei beibehaltend, die Stelle so aufgefaßt, daß schon durch die Hingabe des Pfandes die Usucapion des Verpfänders unterbrochen und wegen der Giltigkeit des Precarium der Beginn einer neuen Usucapion von Seiten des Verpfänders als Precarbesitzers ausgeschlossen werde. „Res, sagt er, ita procedit. Statim a debitore re pignori data servo interpellata usucapio est; sed cum postea servus a debitore rogatus rem eandem precario concesserit, retro transtulit in debitorem possessionem, ita ut si precarium non consisteret, posset debitor utpote recuperata possessione denuo usucapere. Cum igitur precarium consistat et debitor precario possideat, effecit servus, ne res usucapi posset.

Enthält gleich diese Erklärung keinen an sich unrichtigen Satz, so entspricht sie doch gar nicht dem Zusammenhange unseres Fragments. Denn sie legt die Voraussetzung, daß die Sache eine Erbschaftssache sei, in dasselbe erst von außen hinein; sie läßt alle nähere Beziehung des „sicuti per traditionem accipiendo hereditati proprietatem acquirit“ zu dem Nachfolgenden und Vorhergehenden fallen, und erklärt nicht, wie der Jurist dazu kommt, so plötzlich auf die Usucapion überzuspringen.

Noch weniger befriedigend, ja wahrhaft erbärmlich ist die Erklärung, welche Retes a. a. O. nach Ramos del Manzano aufgestellt hat. Er behauptet, das vom Sclaven eingeräumte precarium sei iniustum, weil der Sclave aus dem peculium nichts verschenken könne; es begehe also der Empfänger des Precarium ein Furtum, und dadurch werde die Sache der Usucapion entzogen, eben so wie wenn der bonae fidei possessor die zu Pfand gegebene Sache entwende. Unsere Stelle selbst aber enthält den klarsten Beweis, daß das Precarium giltig ist, indem sie deutlich sagt „precario possidet“, und das Geschäft einem Commodatum oder Depositum von Seiten des Sclaven vergleicht[6]. Auch möchte sich kaum die precarii datio einer zu Pfand gegebenen Sache unter den Begriff einer Schenkung zwingen lassen, und jedenfalls gehört sie nicht mehr dahin, wie das Commodat. Außerdem steht obiger Erklärung entscheidend der Umstand entgegen, daß unser Fragment fundum

[6] Retes sucht den betreffenden Satz: nam etsi commodaverit u. s. w. auf eine ganz unzulässige höchst gekünstelte Weise so zu drehen, daß ein Gegensatz zum Precarium herauskommt.

vel hominem nennt, bei dem ersten aber Furtum unmöglich ist, also das daraus abgeleitete Usucapionshinderniß nicht stattfinden kann. Diese Schwierigkeit ist auch dem Interpreten nicht entgangen, und um sie zu beseitigen, nimmt er zu der Voraussetzung seine Zuflucht, daß der Verpfänder erst jetzt, indem er durch die iniusta precarii datio schon in malam fidem versetzt sei, die Usucapion beginnen wolle, weil er etwa vor der Verpfändung aus Rechtsirrthum nicht usucapiren zu können glaubte, oder nicht wußte, daß ihm das Grundstück durch einen Procurator gekauft war. Und wen dieses nicht befriedige, dem räth er anzunehmen, daß aus dem Grunde hier die superveniens mala fides die Usucapion des Grundstücks hindere, weil die precaria possessio des Verpfänders ein neu erworbener Besitz sei, in dessen Anfang also bona fides vorhanden sein müsse. Wie unbegründet diese Ausflüchte sind, und wie wenig sie den Erfinder selbst befriedigt haben, leuchtet hieraus von selbst ein, obgleich derselbe bei dieser Gelegenheit die Feinheit des römischen Rechts rühmt [7].

Und welche Interpretation unserer Stelle soll man denn für das Justinianische Recht aufstellen? Ich weiß keine befriedigende Erklärung zu geben. Die Compilatoren hätten den ganzen Zwischensatz: nam servus hereditarius .... ne res usucapi possit, ausstreichen sollen. Unter den Nothbehelfen ist allerdings der von Chesi angedeutete am ersten zulässig *.

---

Die L. 16. cit. ist später auch von Huschke, ohne vorstehenden Aufsatz zu kennen, im Wesentlichen übereinstimmend erklärt worden in der Zeitschr. f. geschichtliche Rtsw. XIV. S. 263—267. Er bemerkt S. 266. Anm. 122, daß auch pignoris Emblem für fiduciae sei, arg. Gai. II. 59. 60. Vgl. übrigens auch Rudorff in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XI. S. 80. Anm. 35. über L. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7., wo zweimal pignus für fiduciam interpolirt ist, aus Versehen der Compilatoren aber vendere eam (sc. fiduciam) stehen geblieben ist. Nicht annehmbar scheint mir Mommsen's Vermuthung, daß in L. 16. cit. a. E. auch possessio interpolirt sei für fiducia.

[7] Er sagt: In quo obiter licet observare nostri iuris delicias et subtilitatem: ille enim qui sine ulla omnino possessione posset unico contextu continuare usucapionem, desinit usucapere, si iniuste precario possessionem recuperet u. s. w. Möchte es uns möglich sein, alle derartigen delicias aus unserem Recht zu beseitigen!

* Aus meinen Beiträgen S. 208—216. (1837.)

31.

## Die lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt Rom 568.*

In der Geschichte des römischen Rechts wurde es bisher als eine Lücke empfunden, daß sie uns über die Anfänge und Grundlagen des in der classischen Jurisprudenz so fein ausgebildeten Dotalrechts nur sehr ungenügende Auskunft gab und insbesondere bis zur Zeit des Augustus eine Einwirkung der Gesetzgebung auf dieses hochwichtige Rechtsverhältniß nicht erkennen ließ, obwohl doch seit dem sechsten Jahrhundert Ehescheidungen sehr häufig und die Ehen ohne Manus mehr und mehr in Uebung gekommen waren, beides aber ein Eingreifen der Gesetzgebung in die Ordnung des Güterrechts der Ehegatten fast unumgänglich, sollte man glauben, provocirt haben müßte. Bezüglich der Entstehung der rei uxoriae actio konnte man sich allenfalls dabei beruhigen, daß sie, wie andere bonae fidei actiones, ohne Gesetz durch die Praxis sich ausgebildet habe, und die Wirksamkeit der stipulationes de reddenda dote von Seiten des Bestellers der Dos, ausgenommen von Seiten der Frau selbst, welche in die Manus eintrat, konnte überall kein Bedenken erregen. Aber wir finden im Dotalrecht verschiedene feste Größe- und Zeitbestimmungen, und diese scheinen doch, da sie nicht dem jus honorarium angehören, eine Lex als Quelle vorauszusetzen. Zwar gibt uns das Pflichttheilsrecht auch ein Beispiel gewohnheitsrechtlicher Festsetzung solcher Art; aber dafür bot die lex Falcidia einen naheliegenden Anhaltpunkt und konnte die Praxis des einen hohen Centumviralgerichtshofes in der Kaiserzeit bald entscheidend wirken; die feste Bestimmung des longum tempus aber, an der es Anfangs gefehlt haben mag, ist unzweifelhaft durch kaiserliche Constitutionen bewirkt worden. Jene Lücke in der Rechtsgeschichte nun ist erfreulicher Weise neuestens ausgefüllt worden durch die Entdeckung einer lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt 568, demselben Jahr, in welchem ein berühmtes Senatusconsultum dem Unfug der Bacchanalien entgegentrat, — eine Entdeckung, sage ich, freilich nicht durch Auffindung eines Erzmonuments aus derselben Zeit, gleich jenem kostbaren antiquarischen Schatz des kaiserlichen Antikenkabinets in Wien, sondern nur durch die scharfsinnige Combination sehr zerstreuter Mittheilungen unserer Quellenschriften, eine Entdeckung aber gleichwohl, aus tiefem Schacht durch juristische Kunst ausgegraben, deren Authenticität meines Erachtens nicht zu beanstanden ist. Sie ist bekannt

* Lehrb. §. 395. Anm 1.

gemacht durch eine Festschrift zu dem Doctorjubiläum eines um die Quellen der römischen Rechtsgeschichte hochverdienten Mannes, Gustav Friedrich Hänel's, unter dem diesem Aufsatz vorgesetzten Titel verfaßt und herausgegeben von Moritz Voigt, Weimar 1866 (84 Seiten 4°.). Es geziemt sich wohl, daß die Zeitschrift für Rechtsgeschichte darüber genauen Bericht erstatte; dieser Aufgabe will ich in Folgendem zu entsprechen versuchen.

§. 1.

Die Wahrzeichen, welche den gelehrten Quellenforscher zu seiner Entdeckung geführt haben, sind folgende:

a) Unter den saturae menippeae des Terentius Varro befand sich eine mit dem Titel: Lex Maenia. Aus dieser sind uns neun Fragmente durch Nonius Marcellus überliefert [1]. Fünf derselben kommen hier in Betracht [2]. Diese deuten auf das Verhältniß eines Vaters zu seinem in der Gewalt befindlichen Sohne, der in der Ehe lebt, und auf ein Zerwürfniß zwischen beiden in Beziehung auf diese Ehe. Es ist also wahrscheinlich, daß die lex Maenia, von welcher das Gedicht den Namen hat, auf dieses Familienverhältniß sich bezog, und zwar muß sie nach Fragm. 1. dahin gezielt haben, Streitigkeiten zwischen Vater und Sohn abzuwehren. Da aber von einem legislativen Eingreifen in das Recht der väterlichen Gewalt oder in das Recht des Schwiegervaters bezüglich der Dos seiner in manu befindlichen Schwiegertochter sich keine Spur findet, so ist wahrscheinlich, daß jenes Gesetz eine Bestimmung enthalten habe, welche die Scheidung solcher Ehe betraf.

b) In Ulpian's Fragmenten (V. 8.) wird eine lex Mensia erwähnt, welche den Grundsatz eingeführt habe, daß bei der Ehe zwischen Bürgern und Nichtbürgern, ohne Connubium, die Kinder stets der ärgeren Hand folgen. Der Name dieser Lex hat längst schon Anstoß erregt; die vorgeschlagenen Emendationen: lex Sentia, oder lex Aelia Sentia, sind unhaltbar. Desselben Gesetzes erwähnt nun auch Gaius (I. 78. 79.); der Name nur ist bis auf den Anfangsbuchstaben unleserlich; die Lücke aber ergänzt sich zutreffend durch M(aenia). Wenn nun Mensia als aus Mennia verdorben, dieses aber = Menia = Jetzt gewiß Minicia

[1] Vgl. M. Terenti Varronis saturarum menippearum reliquiae rec... Alexander Riese. Lipsiae 1865. S. 153 fg.

[2] I. Contra lex Maenia est in pietate, ne filii patribus luci claro suggillent oculos. — II. Si qui patriam, maiorem parentem, extinguit, in eo est culpa; quod facit pro sua parte is, qui se eunuchat aut alioqui liberos (non) producit. — III. Nemo est tam neglegens, quin summa diligentia eligat asinum, qui suam saliat equilam. — IV. Ad biviram venio. Cum vellem ostendere quid vellem, Metamelos, Inconstantiae filius, me reprehendit. — IX. Neque in bona segete nullum est spicum nequam neque in mala non aliquod bonum.

Maenia angenommen wird, so ergibt sich als Quelle jenes Grundsatzes eine Lex desselben Namens, welcher in Varro's Satyra vorkommt, und diese ist mit Wahrscheinlichkeit für eine und dieselbe Lex anzunehmen, indem sich jener Grundsatz mit der Bestimmung über die retentio de dote propter liberos im Falle der Scheidung in Verbindung bringen läßt, als welche nur dann, wenn liberi patrem sequuntur, stattfinden sollte.

c) Dionysius von Halikarnassus (II. 25.), von den Gesetzen des Romulus in Betreff der Ehe sprechend, führt Einiges an, was Romulus nicht festgesetzt habe. Daraus ist zu schließen, daß eben jenes dem Geschichtschreiber als zu seiner Zeit (a. u. 724—747) geltendes Recht vorschwebte. Das aber ist *α*) ein dem Manne zustehendes Recht der Beschwerde gegen die Frau wegen Ehebruchs und wegen leichtsinniger Scheidung, die in dem römischen iudicium de moribus geltend gemacht wurde, *β*) die der Frau zustehende Beschwerde gegen den Mann wegen übler Behandlung und wegen leichtsinniger Scheidung (*δίκη κακώσεως* und *δίκη ἀπολείψεως*), bei römischen nicht juristischen Schriftstellern bezeichnet als actio malae tractationis und actio iniusti repudii, welche beide in das iudicium rei uxoriae hineinfallen, wie aus Quinctil. I. O. VII. 4. 11. und Sulp. Victor c. 60. hervorgeht, in so fern nämlich der Umstand, durch wessen Verschulden die Scheidung herbeigeführt ist, auf die Restitution der Dos Einfluß hat; *γ*) Bestimmungen in Betreff der Herausgabe oder Wiedererlangung der Dos (*περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς*). Es muß also zu Dionysius' Zeit (vor der lex Julia et Pap. Popp.) ein Gesetz bestanden haben, das über die Restitution der Dos und verwandte Punkte Bestimmungen enthielt.

d) Unter den Reden des älteren Cato befand sich eine, die nach Gell. noct. att. X. 23. als oratio de dote bezeichnet war. Gellius theilt daraus zwei Bruchstücke mit, von denen das eine die Tödtung der in flagranti ertappten Ehebrecherin betrifft, das andere sich auf das iudicium domesticum des Mannes über die Frau, im Falle der Scheidung, bezieht. Einen kurzen Satz ferner theilt der Grammatiker Priscianus (XII. 17.) mit, als enthalten in Cato's legis Maeviae (oder Meviae) suasione[3]. Er lautet: „Rex Seleucus arma nostratia fecit". Diesem Satze kann eine Beziehung zu einem Gesetze über die Dos gegeben werden, indem man ihn in folgenden Zusammenhang bringt:

[3] Vgl. M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant. Henricus Jordan recensuit et prolegomena scripsit. Lipsiae 1860. S. 68. 70.

„Syrien hat uns jüngst seine Waffen überliefert, aber auch sein Sittenverderbniß; in Folge dessen erweist sich die Rogation über die Dos als nothwendig". So kann der Satz füglich in Cato's Rede de dote seinen Platz gehabt haben. Nun aber finden sich auch sonst Doppeltitel für eine und dieselbe Rede Cato's, und der Name Maeviae kann leicht verderbt sein statt Maeniae, wie man auch sonst schon wahrscheinlich gefunden hat. Dann ist die oratio de dote und die suasio legis Maeniae eine und dieselbe Rede Cato's. Demnach ist es wahrscheinlich, daß Cato im Senat oder in der Volksversammlung eine Rede gehalten hat, zur Empfehlung eines Gesetzvorschlags, welcher die Dos betraf, einer lex Maenia de dote. Und zwar muß dieß natürlich vor a. u. 605., d. i. dem Todesjahr des Cato, und nach a. u. 559., wo dessen Reden beginnen, geschehen sein, auch nach a. u. 567, weil in diesem Jahre erst der genannte König Seleucus Philopator zum Throne gelangte.

e) Polybius (XXXII. 13.) erzählt zur Charakteristik des P. Cornelius Scipio Africanus Minor, wie großmüthig derselbe a. u. 592. eine den beiden Töchtern des Africanus Maior durch Vermächtniß ausgesetzte Dos mit Außerachtlassung der ihm gesetzlich zustehenden Zahlungsfristen vor der Zeit vollständig an deren Gatten entrichtet habe. Aus dieser Erzählung geht hervor, daß nach damaligem Recht die Auszahlung einer vermachten und eben so gewiß überhaupt der constituirten Dos in drei Terminen von je einem zehnmonatlichen Jahre zu geschehen hatte. Dieser Vorschrift entspricht eine gleiche gesetzliche Fristbestimmung in Ansehung der Rückgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, von welcher wir durch L. 17. D. de pact. dot. 23. 4. L. 24. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. Ulpiani fragm. VI. 8. Kunde haben, und welche schon vor der lex Julia et Pap. Popp. bestanden haben muß, weil sie durch diese in gewissen Fällen beseitigt oder geändert worden ist (Ulp. VI. 12. 13. cf. L. 8. D. de captiv. 49. 15.).

f) A. u. 568. war nach Liv. XXXIX. 2. 18. T. Maenius praetor urbanus. Dieser kann der rogator legis gewesen sein. In demselben Jahre wurde der Unfug der Bacchanalien entdeckt und energisch verfolgt, wobei nach Liv. l. c. auch eben der genannte Prätor thätig war. Es liegt nahe zu vermuthen, daß eben darin auch ein Anlaß geboten war, einen Gesetzantrag einzubringen, welcher sich mit der Regelung der Verhältnisse der Ehe befaßte.

## §. 2.

Die in §. 1 hervorgehobenen Momente werden in der Festschrift von Voigt §. 2—6. S. 3—19. einzeln mit der dem Verfasser eigenen

Genauigkeit erörtert, und sodann in §. 7. S. 19—21. das Gesammtresultat daraus gezogen, daß a. u. 568. eine lex Maenia de dote ergangen sei, welche das Recht der Dos für die nachfolgende Zeit in wichtigen Punkten bestimmt habe. Einzelnes für sich betrachtet möchte man allenfalls beanstanden. Wenn z. B. Voigt S. 14 fg. Gewicht darauf legt, daß Justinian in L. 11. §. 2. Cod. de repud. 5. 17. pluraliter von antiquis legibus spricht, in welchen das iudicium de moribus positum erat, und daraus folgert, daß derselbe noch andere Gesetze als die lex Julia et Pap. Popp. im Auge gehabt habe, so könnte man etwa entgegnen, daß in Justinian's Munde häufig der Ausdruck: „veteres oder antiquae leges“ gleichbedeutend ist mit: „das alte Recht“, ohne daß man dabei sofort an leges im engeren Sinn zu denken hätte. Und eben so könnte man bezüglich der Stelle des Dionysius sagen, derselbe habe nicht gerade bestimmte Leges, sondern nur das seiner Zeit geltende Recht als Gegensatz des romulischen vor Augen gehabt; man könnte hier auch vermuthen, derselbe habe ganz neue Bestimmungen der lex Julia de maritandis ordinibus im Sinne gehabt, die zwar zu der Zeit, als Dionysius in Rom an seinen römischen Alterthümern arbeitete, noch nicht lex perlata war, deren Entwurf aber gerade damals das allgemeine Interesse lebhaft in Anspruch nahm. Man könnte ferner die Emendationen von lex Mensia und Mevia gegen die handschriftliche Lesart als gewagt und unberechtigt ansehen, und die Erklärungen der vom König Seleucus redenden Stelle und zum Theil der Fragmente des Varro als geistreichen Einfall, nicht mehr, gelten lassen. Aber die Vereinigung aller jener Momente drängt mit fast zwingender Gewalt die Ueberzeugung von der Richtigkeit desjenigen, was der Verfasser daraus ableitet, auf, und ich glaube, daß man nicht Vieles in der römischen Staats- und Rechtsgeschichte, das nicht aus klarem Bericht der Quellen geschöpft, sondern durch combinirende Forschung gewonnen ist, mit größerer Zuversicht als wahr annehmen könnte.

Am meisten möchte vielleicht Jemand geneigt sein, gegen die Hereinziehung der bisher nach Ulpian so genannten lex Mensia in die fragliche lex Maenia de dote Einwendungen zu erheben, und diese scheint auch mir mindestens sehr problematisch. Den Zusammenhang entwickelt Voigt in §. 13. folgendermaßen: Die lex Maenia führte die retentiones de dote propter liberos ein. Diese waren aber nur gerechtfertigt, wenn die Kinder dem Vater folgten. Daher war die lex Maenia veranlaßt, eine Entscheidung darüber zu geben, ob die in den damals häufigen Ehen zwischen Bürgern und Peregrinen ohne

Connubium, wozu damals noch die latini coloniarii in Italien gehörten, erzeugten Kinder dem Vater folgen. Sie gab diese Entscheidung dahin, daß jene Kinder (nothi) immer deterioris parentis conditionem sequuntur, also das von einem Peregrinen in der Ehe mit einer römischen Bürgerin erzeugte Kind eben so wohl wie das von einem römischen Bürger mit einer Peregrina erzeugte peregrinischen Standes sei. Nun könnte man einwenden: 1) es sei unglaublich, daß ein römischer Volksbeschluß über die Dos bei non iustis nuptiis Bestimmungen getroffen habe, da man gewöhnt ist, eine nach römischem Recht vollgiltige Ehe (iustum matrimonium), deren Kinder immer patris conditionem sequuntur, als Voraussetzung einer römischrechtlichen Dos anzusehen[1]; 2) nach jener Entscheidung hätte nun gerade dem fremden Ehemann der römischen Gattin das Recht der retentio propter liberos zukommen müssen, während es dem römischen Ehemann der fremden Gattin nicht zustand, und zwar hätte eine römische Lex jenes Recht dem peregrinischen Vater beigelegt, indem sie den Grundsatz des ius gentium, nach welchem die nothi immer der Mutter folgen, in der angegebenen Weise abänderte, und das sei vollends unglaublich. Allein

1) die Ansicht Hasse's, daß die Dos rücksichtlich ihrer eigenthümlichen Wirkung, der actio de dote oder rei uxoriae, wesentlich eine civile Ehe voraussetze, ist ungegründet. Hasse stützt sie auf zwei Stellen, L. 5. §. 1. D. de bon. damnat. 48. 20. und L. 1. Cod. de repud. 5. 17., von denen die eine den Fall betrifft, wenn die Frau, die andere den, wenn der Mann die Strafe der Deportation erlitten hat. Durch diese wurde die Ehe nicht aufgelöst, wenn die affectio maritalis der Ehegatten fortbestand, aber die Ehe hörte auf iustum matrimonium zu sein, weil der eine der Ehegatten das Bürgerrecht verloren. Hasse glaubt nun in der Art, wie hier das Dotalverhältniß behandelt wird, den Beweis zu finden, daß man bei dem matrimonium iuris gentium, worin jene Ehe übergegangen war, die actio de dote eigentlich nicht zuläßig fand und nur humanitatis intuitu in jenem Falle von der Strenge des Civilrechts etwas nachließ. Meines Erachtens aber hat er beide Stellen mißdeutet. Die erste Stelle unterscheidet, ob die deportirte Frau noch Filiafamilias sei oder nicht. Im ersten Falle gibt sie, sobald die Frau eo animo fuerit, ut a viro discedere velit, ohne alles Bedenken dem Vater derselben die actio de dote; im anderen Fall aber, sagt sie, könne postea dissoluto matrimonio die Frau selbst klagen, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione. Dieß hat aber nicht

[1] Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten §. 71.

den Sinn, als ob nun, ungeachtet die Ehe kein iustum matrimonium mehr war, doch humanitatis intuitu die Klage gegeben werde, sondern vielmehr den, daß humanitatis intuitu die Klage erst als jetzt, zur Zeit der Auflösung der Ehe, entstanden anzusehen sei, nicht als begründet schon zur Zeit der Deportation, und daher nicht der Confiscation des Vermögens der Deportirten unterliege. Die andere Stelle aber sagt, durch die Deportation des Mannes werde die Ehe nicht aufgelöst, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem: und deßwegen finde die Rückforderung der Dos von Rechtswegen nicht statt (ideoque dotis exactio ipso iure non competit). Da das Rescript an eine Frau, vermuthlich eben die Gattin des Deportirten, die dessen Schicksal theilen wollte, gerichtet ist, so ist der Rechtsfall, der es hervorrief, ohne Zweifel so zu denken, daß der Besteller kraft seines Rechtes, etwa der Vater der Frau als Besteller der dos profectitia, oder auch der letzte kraft der väterlichen Gewalt, in Folge der Deportation des Mannes die Dos sofort zurückfordern wollte, weil die Ehe nicht mehr iustum matrimonium sein könne, und dieß wird nicht etwa humanitatis intuitu, sondern als nach strengem Recht (ipso iure) ungegründet zurückgewiesen. Das Rescript setzt noch hinzu: sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est[5], nec ratio aequitatis nec exempla permittunt. Da unmittelbar vorher die Fortdauer der Ehe als Grund angeführt ist, warum exactio dotis ipso iure non competit, so kann dieß nicht mit Hasse erklärt werden: das Dotalrecht sei zwar nach strengem Recht aufgehoben, weil die Ehe nicht mehr civile Ehe sei, aber der Billigkeit wegen, könne man doch die Frau nicht ihrer Dos berauben. Der Kaiser will vielmehr sagen: die Dos könne jetzt nicht zurückgefordert werden, weil die Ehe nicht aufgelöst sei; das Dotalrecht der Frau und somit die künftige Rückforderung der Dos werde aber durch die Verurtheilung des Mannes und die Confiscation seines Vermögens nicht alterirt. Beide Stellen beweisen also die Fortdauer der Dos, nachdem die Ehe ein matrimonium iuris gentium geworden. Daß aber auch bei solcher Ehe von Anfang an eine Dos vorkommen und bezüglich derselben rei uxoriae actio stattfinden konnte, beweist Cic. top. cap. 4. §. 20. (vgl. Boeth.

[5] Dieser Satz erinnert an die gefühlvolle Lebhaftigkeit, mit welcher Napoleon I. als erster Consul bei der Berathung über das Gesetzbuch, das nachher seinen Namen erhalten hat, die Bestimmung bekämpfte, daß durch die Deportation des Mannes dessen Ehe aufgelöst werde. »Faut-il étendre la peine jusqu'à la femme et l'arracher avec violence à une union, qui identifie son existence avec celle de son mari? .... Si une femme satisfait ce devoir, vous éstimerez sa vertu, et cependant vous ne mettez aucune difference entre elle et l'être infame, qui se prostitue«. Conference du Code civil ad art. 25.

ad h. l.), wonach dem mit einer Peregrina verehelichten Römer die retentio propter liberos versagt wird, weil die Kinder nicht dem Vater folgen [6]. Im sechsten Jahrh. d. St., wo die italischen Bundesgenossen zwar noch nicht römische Bürger waren, aber doch den römischen Bürgern sehr nahe und mit diesen in intimem Verkehr standen, waren solche Ehen ohne Zweifel sehr häufig. Auch war dem latinischen Rechte ein dem römischen verwandtes Dotalrecht gewiß nicht fremd. Es konnte sich also die römische Gesetzgebung sehr wohl veranlaßt finden, auch in Betreff der Dos bei solchen Ehen Bestimmungen aufzustellen. Sie konnte freilich nicht den freien Bundesgenossen Gesetz geben, wohl aber dem römischen Prätor Peregrinus eine Regel vorschreiben, woran er sich zu halten habe, wenn die geschiedene Peregrina den gewesenen römischen Ehemann vor seinem Richterstuhl auf Herausgabe der Dos belangte. Wenn insbesondere ein Gesetz bestimmte, daß der Kinder wegen der Mann einen Theil der Dos zurückbehalten könne, so lag es sehr nahe, dieß an die Bedingung zu knüpfen, si liberi patrem sequuntur, und eine gesetzliche Bestimmung dieser Art scheint Cicero a. a. O. vor Augen gehabt zu haben. Wenn nun eine Lex in dieser Weise überhaupt einmal auf Ehen zwischen Bürgern und Nichtbürgern Rücksicht nahm, so konnte sich

2) damit auch leicht eine von der Regel des ius gentium abweichende Norm über die Kinderfolge verbinden, welche verhinderte, daß die von einem Fremden in der Ehe mit einer römischen Bürgerin erzeugten Kinder, dem Stande der Mutter folgend, römische Bürger würden. An der Consequenz aber, daß nun dem peregrinischen Vater gegen die römische Bürgerin die Retention zugestanden werden mußte, die dem römischen Bürger gegen die Peregrina versagt war, braucht man in der That keinen Anstoß zu nehmen, eben weil sie nur Consequenz der gesetzlichen Voraussetzung jener Retentio, si liberi patrem sequuntur, und zugleich sachgemäß war, wenn nun die Kinder auch ihre Alimentation von dem peregrinischen Vater, dessen Heimathrecht sie folgten, zu erwarten hatten. Zudem stellte sich hier die Sache so, daß die römische Frau gegen den Peregrinus vor dessen ordentlichem Gericht die Dos zurückzufordern hatte, dieses aber die Verurtheilung des Mannes zur Restitution der ganzen Dos eben in Rücksicht darauf, daß doch

[6] Si mulier, quum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet. Eine wirkliche Ehe wird hier vorausgesetzt, die durch Repudium aufgelöst wird, aber eine Ehe bei mangelndem Connubium, also eine nicht römische Ehe, und doch wird eine Dos anerkannt, die der Mann zurückzugeben habe, und eine Klage darauf vorausgesetzt, die keine andere als die actio rei uxoriae sein konnte, nicht eine actio ex stipulatu, weil nur bei jener in solcher Weise eine retentio propter liberos in Frage kommen konnte.

die Kinder nicht römische Bürger wurden, mit Recht unbillig finden mußte.

Gleichwohl muß ich gestehen, daß mir dieser Punkt in der Combination von Voigt als der schwächste und die Identificirung der sogenannten lex Mensia mit einer lex Maenia de dote immerhin noch sehr problematisch erscheint. Denn einmal hat der Satz, daß die Kinder aus einer Ehe ohne Connubium immer der ärgeren Hand folgen, an sich eigentlich keine Beziehung zu dem Dotalrecht; er ist, unabhängig von diesem, offenbar nur durch die Absicht motivirt, daß die römische Bürgerschaft nicht durch die Kinder aus solchen unvollkommenen gemischten Ehen vermehrt werden sollte, und stimmt daher in seiner Intention mit bekannten Gesetzen späterer Zeit (der lex Aelia Sentia und lex Junia) überein. Sodann aber scheint mir aus der oben besprochenen Stelle des Cicero hervorzugehen, daß dieser die Bestimmung der angeblichen lex Mensia noch nicht gekannt habe. Die mulier nupta cum eo, quicum connubium non erat, konnte nämlich eben so wohl eine Römerin sein, die mit einem Peregrinus, als eine Peregrina, die mit einem Römer verheirathet war. Die Beschränkung auf den letzten Fall, wie sie Voigt S. 55. durch die Parenthesen „mulier (i. e. peregrina)", und „(cum civi romano)" andeutet, ist den Worten nach unberechtigt. Auf beide Fälle ist also auch der Satz zu beziehen: „qui nati sunt, patrem non sequuntur". Hätte Cicero schon ein Gesetz gekannt, welches bestimmte, daß im ersten Fall die Kinder dem peregrinischen Vater folgen, so, scheint es, hätte er auch seinen Ausdruck so wählen müssen, daß er nur auf den zweiten Fall gedeutet werden konnte. Wir erkennen also in Cicero's Ausspruch nur die Kunde von einem Rechtssatz, welcher dem Manne eine retentio pro liberis gewährte, wenn qui nati sunt patrem sequuntur, folgeweise versagte, wenn jene patrem non sequuntur, zugleich mit Anerkennung der Regel, daß connubio non interveniente die Kinder patrem non sequuntur. Hiernach können wir es nicht als wahrscheinlich gelten lassen, daß schon eine lex Maenia vom J. d. St. 568 jenes ganz neue Princip aufgestellt habe, „welches dem nothus die römische Civität versagte, vielmehr denselben dem peregrinen Theile zur Folge und somit nach geschiedener Ehe auch zur Alimentation überwies", wie Voigt S. 55 ausspricht. Wenn aber derselbe weiter sagt: „Und diesem Princip entsprechend versagt sodann fernerweit die lex Maenia die retentio propter liberos dem Manne dann, wenn auf Grund solchen Princips die Mutterfolge der Kinder Platz greift", so ist dagegen zu bemerken: „Auf Grund solchen Princips" konnte überall

nicht Mutterfolge eintreten; daß die Kinder des römischen Vaters der peregrinischen Mutter folgten, war dem alten Princip gemäß [7]; auf Grund des neuen Princips aber folgten die Kinder dem Vater in einem Falle, in welchem sie nach dem alten der Mutter gefolgt wären, in dem Falle nämlich, wenn sie in der Ehe des römischen Bürgers mit einer Fremden erzeugt waren.

Wenn wir nun aber auch diesen Punkt, die Kinderfolge betreffend, fallen lassen und darauf verzichten müssen, die angezweifelte lex Mensia durch eine alte lex Maenia verdrängt zu sehen, so wird dadurch die Wahrscheinlichkeit der Combination, betreffend die lex Maenia de dote, im Uebrigen nicht alterirt. Um deren Bedeutung für die Entwickelung des Dotalrechts vollständiger zu erkennen, ist nothwendig, 1) das Dotalrecht vor der lex Maenia sich klar zu machen, sodann 2) darzulegen, wie dasselbe nach diesem Gesetze sich gestaltet habe. Der Lösung der ersten Aufgabe unterzieht sich Voigt im zweiten Abschnitt seiner Abhandlung, §. 8—10. S. 21—40; der anderen ist der dritte Abschnitt gewidmet, §. 11—18. S. 41—84. Wir wollen nun diese Ausführungen etwas näher betrachten, wobei ich nur den „die Kinderfolge nach der lex Maenia" betreffenden §. 13. übergehe.

§. 3.

Die Frage, welches Recht in Ansehung der Dos in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts der Stadt bestanden habe, ist identisch mit der Frage: gab es damals schon eine Klage, die rei uxoriae actio, mit welcher die Rückgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, wenn auch nicht durch rechtsgiltigen Vertrag eine Verpflichtung dazu begründet war, erwirkt werden konnte? und in welchem Maße konnte dieses geschehen? Denn daß durch besondern Vertrag, durch Stipulationen oder cautiones rei uxoriae, eine solche Verpflichtung begründet werden konnte, das kann nicht bezweifelt werden; darin lag überall kein besonderes eigenthümliches Rechtsverhältniß; es unterlag dies ganz den allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verträge. Nur das mag besonders hervorgehoben werden, daß die Stipulation der Frau selbst, welche sui iuris war, in Betreff künftiger Rückgabe ihres eingebrachten Gutes, keine Wirksamkeit behalten konnte, wenn dieselbe nachher in die Manus des Ehemannes eintrat, was damals wohl noch der regelmäßige Fall war. Bei der Beantwortung jener Frage aber ist zu unterscheiden:

[7] Gai. I. 78. nach Huschke's Ergänzung: et in priore quidem specie non necessaria lex Mensia fuit; nam alioquin connubio inter patrem et matrem non interveniente is qui natus est secundum iuris gentium regulam matris, non patris condicioni accedit.

1) der Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung,

2) der Fall der Endigung der Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau.

1) Die Ehescheidung oder die Verstoßung der Frau soll bekanntlich nach Romulischem Gesetz nur aus wenigen Gründen erlaubt gewesen sein, welche ein Verbrechen oder eine grobe Sittenwidrigkeit der Frau voraussetzten [8]. Das war in jener Zeit entschieden anders geworden. Die berüchtigte Ehescheidung des Spurius Carvilius Ruga a. u. 523 [9], die man mit Unrecht später wohl für die erste Ehescheidung in Rom gehalten hat [10], gab ein Beispiel der Scheidung aus leichterem Grunde, obwohl sie jener scheinheilig zu beschönigen suchte, und bald waren selbst leichtfertige Scheidungen keine Seltenheit mehr. Die Befugniß, die Ehescheidung zu vollziehen, stand anerkannter Maßen, sowohl bei der Ehe mit Manus als bei der ohne Manus, dem Ehemanne zu, der sui iuris war, oder demjenigen, in dessen väterlicher Gewalt derselbe stand, ferner der Ehefrau, die entweder sui iuris oder in manu mariti war, oder demjenigen, in dessen väterlicher Gewalt die Frau geblieben war [11]. Scheidung ohne rechtfertigenden Grund war freilich mißbilligt. Sie konnte censorische Rüge und Strafe nach sich ziehen und hatte Einfluß auf die Restitution des Heirathsgutes. Daß im Falle der Scheidung damals schon, in Ermangelung von cautiones rei uxoriae, ein arbitrium rei uxoriae stattfand, ist nicht zu bezweifeln, und zwar fand dieses auch bei der Ehe mit Manus Anwendung, um die Herausgabe sowohl des von der Frau selbst, die sui iuris war, eingebrachten Vermögens als der für dieselbe von einem Dritten, namentlich vom Vater, dem Manne gewährten Ausstattung zu erwirken; ja es ist wahrscheinlich, daß dieses Arbitrium ursprünglich gerade in Beziehung auf die Ehe mit Manus, die ja die gewöhnliche Ehe war, ausgebildet worden ist, worauf schon die Benennung „rei uxoriae" deutet. Dieß konnte ohne eine Lex geschehen, durch die Interpretatio oder die Praxis, indem die Natur des Verhältnisses unabweislich verlangte, daß das von Seiten der Frau eingebrachte Gut zurückgegeben werde, wenn diese ohne Verschulden von

[8] Plutarchi Romulus cap. 22. Dionys. II. 25.

[9] Voigt a. a. O. S. 36. Anm. 64.

[10] Vgl. Rein, das Privatrecht und der Civilproceß der Römer S. 450 fg.

[11] Die Belegstellen dafür s. bei Voigt S. 21 fg., in Betreff des Rechtes des Paterfamilias, die Ehe des Sohnes oder der Tochter auch ohne deren Willen zu trennen, s. insbesondere S. 22. Anm. 34. Dieß Recht wurde erst durch Divus Pius oder Marcus beschränkt. Pauli sentt. V. 6. §. 15. L. 5. Cod. de repud. 5. 17. Was der Verf. bei dieser Gelegenheit zur Erklärung von Pauli sentt. II. 19. §. 2. bemerkt, hat meinen Beifall nicht; mir scheint, daß sich diese Stelle genügend erklärt durch die Bezugnahme auf V. 6. §. 15. L. 5. Cod. cit. Vat. fragm. §. 116., wornach der Vater das bene concordans matrimonium des Kindes nicht willkürlich trennen konnte.

ihrer Seite geschieden war. Ob dieß der Fall sei, darüber entschied ein Familiengericht, iudicium domesticum. War die Frau in manu, so war der Mann selbst Richter, oder derjenige, in dessen Gewalt dieser stand [12]; war die Frau in der Gewalt ihres Vaters geblieben, so stand diesem die hausrichterliche Gewalt zu; war die Frau aber sui iuris, so vertrat die Stelle des Paterfamilias vermuthlich der Tutor; in jedem Falle waren Verwandte und Freunde des Hauses als Beisitzer des Gerichtes zuzuziehen. Erkannte nun dieses Familiengericht die Frau als schuldig, durch ihr Betragen gerechten Anlaß zur Scheidung gegeben zu haben, so konnte es zugleich als Strafe für dieselbe den gänzlichen oder theilweisen Verlust der Dos aussprechen, und wenn andererseits die Scheidung von der Frau oder deren Vater ausgegangen war, ohne daß der Mann durch sein Benehmen eine gegründete Ursache dazu gegeben hatte, so konnte Rückgabe der Dos nicht gefordert werden. Wenn dagegen der Mann ohne einen vom Familiengericht als genügend erkannten Grund sich geschieden hatte, oder wenn die Scheidung zwar von der Frau oder deren Vater ausgegangen war, der Mann aber nach Erkenntniß des Familiengerichts seinerseits dazu gegründete Ursache gegeben hatte, dann konnte die ganze Dos jedenfalls zurückgefordert werden. Dieser Rückforderung diente das arbitrium rei uxoriae; aber darin mußte der Ausspruch des iudicium domesticum berücksichtigt werden. War dieser vor Anstellung der Klage schon erfolgt, so konnte der Beklagte unter Berufung darauf nach Beschaffenheit des Falles die Abweisung oder Beschränkung der Klage verlangen; wenn dagegen die Klage erhoben wurde, bevor das Familiengericht über die Gründe der Scheidung geurtheilt hatte, so mußte dem Beklagten die Möglichkeit gegeben sein, durch eine praescriptio die Klage zurückzuweisen, bis ein Ausspruch des Familiengerichts erwirkt sei [13]. Uebrigens stand die Klage der Frau selbst zu, wenn sie in manu gewesen war, nachdem vorgängig durch diffarreatio oder remancipatio dieses Verhältniß gelöst worden, im andern Fall der Frau oder deren Vater, je nachdem sie sui iuris oder noch in patria potestate war, und zwar gegen den geschiedenen

[12] Auf diesen Fall bezieht Voigt S. 24. Anm. 31. die bekannte Aeußerung in Cato's or. de dote bei Gell. X. 23. Vir, cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est; imperium quod videtur habet; si quid perverse taetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. Mit Recht bekämpft er die Erklärung, welche den iudex nicht für identisch mit dem Manne hält (»vir cum divortium fecit, mulieri iudex, sc. is qui iudex est, pro censore est«) und daher die Stelle nicht auf das iudicium domesticum, sondern auf das (spätere) iudicium de moribus bezieht. Zur Zeit, als Cato jene Rede hielt, bestand aber das letzte noch nicht; das Hausgericht war es, das die Multa aussprach, und diese konnte namentlich darin bestehen, daß der Frau die Dos ganz oder zum Theil abgesprochen wurde.

[13] Alles dieses wird sehr gut und überzeugend von Voigt S. 24—31. entwickelt.

Ehemann selbst oder dessen Vater, je nachdem jener sui iuris oder noch in patria potestate war.

2) War die Ehe durch den Tod eines der beiden Ehegatten geendigt, so fand nach alter Rechtsordnung eine Rückforderung der Dos, wo sie nicht durch Stipulation vorbehalten worden, überall nicht statt. Hier machte sich die Rechtsparömie geltend, die noch im Justinianischen Recht an der Spitze des Titels de jure dotium steht: Dotis causa perpetua est[11]. Man braucht nicht mit Voigt S. 33. zu sagen, daß diese Parömie lediglich auf das im Todesfalle Platz greifende Dotalrecht Bezug hatte. Die Scheidung war eine Art der Auflösung der Ehe, die nach alter strenger Sitte bei Eingehung der Ehe eigentlich gar nicht in Aussicht genommen werden sollte; sie konnte nicht in voto sein; es war nur, als Scheidungen häufiger wurden, eine leidige Nothwendigkeit, eine Abweichung von diesem Grundsatze zuzulassen, um nicht empörender Ungerechtigkeit Raum zu geben. Wenn aber die Ehe naturgemäß durch den Tod getrennt wurde, dann war keine Veranlassung geboten, davon abzugehen. Vor allem dann nicht, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt war, in welchem Falle auch bekanntlich bis zu Justinian's Zeit jene Regel bezüglich der dos adventicia ungestört in Geltung blieb. Aber auch dann nicht, wenn der Tod des Mannes die Ehe gelöst hatte, wofern die Frau in manu mariti gestanden war. Denn alsdann gehörte sie ganz der Familia des Mannes an, beerbte diesen, wenn er als Paterfamilias gestorben war, als filiafamilias mit den Kindern und vor allen anderen Verwandten desselben, oder den Schwiegervater als neptisfamilias, wenn dieser den verheiratheten Filiusfamilias überlebt hatte; und in dieser Theilnahme an dem Familien-Erbvermögen fand sie den Ersatz dafür, daß die Dos, welche für sie dem Manne zugebracht, so wie alles andere durch sie dem Manne erworbene Vermögen, in jenes Familienvermögen übergegangen war. Nur wenn die Frau nicht in die Familia des Mannes eingetreten, dann aber durch den Tod des letzten die Ehe aufgelöst war, lag es nahe, zumal wenn die Ehe kinderlos geblieben, an die Erben des Mannes die Anforderung zu stellen, daß sie der Wittwe ihr Heirathsgut herausgeben. Insbesondere wenn etwa schon im ersten Jahre der ohne Confarreatio oder Coemptio eingegangenen Ehe, noch ehe durch Usus die Frau in die Manus gekommen sein konnte, der Mann gestorben war, mochte sich diese Anforderung als durch Billigkeit dringend geboten geltend machen, und so möchte man es immerhin

11 Paulus in L. 1. D. l. c. setzt hinzu: et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.

nicht unwahrscheinlich finden, was Scheurl vermuthet, Voigt aber S. 32 Anm. 55 bestreitet, daß wenigstens für gewisse Fälle durch die Sitte die Rückgabe der Dos an die Wittwe geboten war.

Allein die Unsicherheit in diesen Verhältnissen zu einer Zeit, in der zuerst wahrscheinlich Ehen ohne Manus häufiger vorkamen, mußte fast mit Gewalt ein Eingreifen der Gesetzgebung hervorrufen. Sodann finden wir in dem späteren Dotalrecht eine ziffermäßige Bestimmung in Betreff der Restitution der Dos auch im Fall des Todes der Frau, die ohne ein positives Gesetz kaum entstanden sein kann. Und endlich lagen bei den veränderten Sitten und Culturverhältnissen jener Zeit, wie Voigt S. 75 fg. gut entwickelt, sowohl für den Fall der Scheidung als für den der Endigung der Ehe durch Todesfall so dringende Beweggründe zu gesetzlicher Reform des Dotalrechts vor, daß wir um eben diese Zeit eine eingreifende lex de dote fast als unabweisliches Postulat der Rechtsgeschichte voraussetzen müßten, wenn uns auch gar keine Andeutung darüber zugekommen wäre, und diese Lex nun war, so dürfen wir annehmen, die lex Maenia vom J. d. St. 568. Ihr dürfen wir alle erheblichen Bestimmungen des späteren Dotalrechts zuschreiben, sofern nicht Einzelnes erweislich späteren Ursprungs ist.

## §. 4.

Betrachten wir nun die Gestaltung des Dotalrechts nach diesem Gesetze, so ist vor allem wieder die Restitution der Dos im Falle der Scheidung und die im Falle der Endigung der Ehe durch Todesfall zu unterscheiden. In der ersten Beziehung war es vorerst eine wichtige Neuerung, daß in Ansehung des Erkenntnisses über die Gründe der Scheidung nunmehr ein iudicium de moribus an die Stelle des Familiengerichtes trat. Beweis dessen zwei Fälle aus dem 7. Jahrh. d. St., in deren einem C. Marius, im andern Cn. Domitius Ahenobarbus als Judex fungirte [15]. Die Klage erhebt der Mann, beziehungsweise dessen Vater, als Eigenthümer der Dos, gegen die geschiedene Ehefrau. Sie hat den Charakter einer Poenalklage, die nicht auf die Erben übergeht oder gegen diese noch stattfindet [16]. Ihr Zweck ist, ein richterliches Erkenntniß darüber zu erzielen: num culpa mulieris divortium factum sit, und folgeweise die Verurtheilung der Frau zu gänzlichem oder theilweisem Verlust ihrer Dos [17]. Doch kann das Recht, die Dos ganz oder zum Theil propter mores mulieris zurückzubehalten,

[15] Val. Max. VIII. 2. §. 3. Plutarch. Marius cap. 38. Plin. hist. nat. XIV. 13. §. 90.

[16] L. 15. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. L. 1. Theod. Cod. de dote 3. 13.

[17] L. 11. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Vat. fragm. §. 121. (Anm. 15.)

auch bloß durch Einrede gegenüber der actio rei uxoriae auf Restitution der Dos geltend gemacht werden [18]. Ob die ganze Dos oder nur ein Theil der schuldigen Ehefrau abzusprechen sei, das war, wie früher bei dem iudicium domesticum, dem Ermessen des Judex mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Falles überlassen [19]. Waren aber Kinder aus der Ehe vorhanden, welche dem Vater folgten, so war propter liberos mindestens ein bestimmter Theil der Dos der schuldigen Ehefrau oder deren Vater ab- und dem Manne zuzusprechen [20], und zwar war dieser Theil gesetzlich auf ein Sechstheil für jedes Kind, für drei oder mehrere zusammen auf die Hälfte festgesetzt [21], was aber nicht hinderte, daß wegen schwerer Verschuldung die Frau noch um mehr und selbst um die ganze Dos gebüßt wurde. Wenn aber die Scheidung nicht durch Verschulden der Ehefrau oder ihres Paterfamilias herbeigeführt worden, dann mußte stets die ganze Dos, bei der Ehe mit Manus wohl das ganze von der Frau herrührende Vermögen restituirt werden. So stellt Voigt in §. 11. 12. S. 41—52 das Dotalrecht im Scheidungsfalle nach der lex Maenia dar. Abgeändert aber wurde dieses durch die lex Julia et Pap. Popp. dahin, daß a) die Buße für die Frau auf den Verlust von ein Sechstheil propter mores graviores, von ein Achttheil propter mores leviores fixirt wurde, b) diese Einbuße nur mehr in subsidium eintrat, wo eine retentio propter liberos nicht stattfand, und c) auch das Verschulden des Mannes oder seines Paterfamilias in entsprechender Weise wie das der Frau gebüßt wurde, durch Erschwerung seiner Restitutionspflicht [22].

## §. 5.

Was den Fall der Endigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten betrifft, so ist zunächst in dem Falle, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird, zu unterscheiden, ob der Mann sui iuris und ihm selbst die Dos bestellt war, oder ob derselbe sich noch in patria potestate befand und daher dem Vater desselben (oder auch noch dem Großvater) die Dos bestellt war.

1) In dem ersten dieser beiden Fälle war es bekanntlich bis zu Justinian entschieden Rechtens, daß die Wittwe, beziehungsweise deren Vater, die ganze Dos von den Erben des Mannes zurückzufordern

[18] Voigt nimmt dasselbe auch gegenüber der actio ex stipulatu an. Aber die Strafbestimmung bei Ulp. l. c. paßt nur auf die actio rei uxoriae.

[19] Plin. l. c. Varro bei Non. Marc. 280. 17.

[20] Cic. top. cap. 4. §. 19.

[21] Boeth. in Cic. top. l. c. Ulp. fragm. VI. 10.

[22] Ulp. l. c. §. 11—13.

berechtigt seien. Daß nun dieser Rechtssatz schon zur Zeit des Augustus galt, das macht die Stelle des Dionysius (II. 25.) wahrscheinlich; daß er schon im 6. und 7. Jahrh. der St. anerkannt war, dafür werden zwei Fälle aus dieser Zeit zum Beweise angeführt. Im Jahre 594 d. St. hatten die Söhne und Erben des L. Aemilius Paulus Macedonicus an die zweite Frau ihres Vaters eine Dos von 25 Talenten zurückzuzahlen, deren Betrag kaum aus dem beweglichen Vermögen des Erblassers aufgebracht werden konnte [23], und nach dem gewaltthätigen Ende des jüngeren Gracchus (a. u. 633) erhob Licinnia, dessen Wittwe, den Anspruch auf Rückgabe ihrer Dos, den Publius Mucius als gegründet anerkannte, obgleich die Dotalsachen in dem Aufstande, der ihres Mannes Tod mit sich brachte, zu Grund gerichtet waren [24]. In beiden Fällen könnte man nun zwar supponiren, daß die Rückgabe der Dos stipulirt worden sei, und dann würden sie nicht beweisend sein; aber dieses vorauszusetzen, haben wir keinen Grund. Unzulässig wäre es, wenn mit Voigt angenommen wird, in beiden Fällen sei die Frau in manu mariti gewesen; denn alsdann konnte derselben selbst aus der wirklich vorgenommenen Stipulation in Folge ihrer in manum conventio unmöglich noch eine Klage zustehen; es hätte dann immer nur die actio rei uxoriae sein können, mit der sie ihr eingebrachtes Gut kraft des Gesetzes zurückforderte. Und dieß wird denn auch von Voigt S. 61. behauptet, mit dem Zusatze jedoch, daß die Wittwe, wenn sie Miterbin des Mannes war [25], nicht zugleich ihre Dos und ihren Erbtheil, sondern nach ihrer Wahl nur das eine oder das andere fordern konnte, nach demselben

[23] Polyb. XVIII. 18. XXXII. 8. Liv. epit. XLVI.

[24] L. 66. pr. D. soluto matr. 24. 3. cf. Plut. Caius Gracchus cap. 17. Die Art, wie Voigt S. 60. Anm. 97. sich diesen Rechtsstreit construirt, will mir nicht einleuchten. Er nimmt nach Plut. l. c. an, das Vermögen des C. Gracchus mitsammt der Dos seiner Frau sei confiscirt worden. Nun habe die Frau nicht etwa nach dem Grundsatz in L. 31. pr. D. soluto matr. 24. 3. das Aerarium wegen Herausgabe der Dos in Anspruch genommen, indem das Aerar nur als Successor, nicht ex culpa mariti gehaftet hätte, sondern vielmehr die Erben des C. Gracchus, die in diesem Falle nur sui et necessarii heredes sein konnten, da Agnati ohne Zweifel die Erbschaft, die in Folge der Confiscation nichts mehr enthielt, abgelehnt hätten. Ich sehe nun nicht ein, warum nicht auch das Aerarium ex culpa mariti zum Ersatz verpflichtet gewesen wäre, wenn es nach L. 31. pr. cit. überhaupt creditoribus satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est. Sodann ist L. 66. pr. cit., wie mir scheint, nicht darauf zu beziehen, daß auch die Dos confiscirt worden. Die sententia Publii Mucii hat darnach entschieden: »quae res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, periissent .... Licinniae praestari oportere«. Dieß ist meines Erachtens nur von dem Verlust von Dotalsachen zu verstehen, die bei dem tumultuarischen Vorgange zerstört oder abhanden gekommen waren, wofür dann Ersatz verlangt und von P. Mucius, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, zuerkannt wurde. Ich kann mir nicht denken, daß diese Entscheidung in einem Prozeß der Licinnia gegen den armen Knaben Caius Gracchus, ihren eigenen Sohn, ergangen sei, wenn die Confiscation des Vermögens des Vaters wirklich vollzogen und der Sohn somit aller Habe baar geworden war.

[25] So nimmt Voigt denn auch in dem Falle der Anm. 24. an, daß Licinnia in der Manus des C. Gracchus gestanden und daher selbst mit ihrem Sohne sua heres desselben gewesen sei, deßhalb denn ihre Forderung gegen den Sohn nur auf die Hälfte ihrer Dos sich beschränkt habe.

Gesichtspunkte, welchen das edictum de alterutro[26] für den Fall aufstellte, wenn die Wittwe, welcher die Dotalforderung zustand, im Testamente des Mannes bedacht war. Ich muß aber gestehen, daß ich dieses, zumal da die Wittwe als sua heres ipso iure Erbin war und Voigt selbst in dem Falle des Gracchus ein beneficium abstinendi des suus heres noch nicht anerkennt, nicht wahrscheinlich finden kann[27]. Da sie alle Rechte der Agnatin in der Familie des Mannes behielt, so konnte es nicht als dringende Forderung der Billigkeit erscheinen, daß es ihr freistehe, ihr eingebrachtes Gut ganz herauszuziehen, während alles durch die Söhne und Töchter erworbene Vermögen schlechthin in die Erbschaft des Vaters fiel und sie daran als sua heres ihren Antheil in Anspruch nehmen konnte. Dann allerdings, wenn sie im Testament des Mannes exheredirt und auch durch Legat nicht gehörig bedacht war, ist es wahrscheinlich, daß ihr die Rückforderung ihres Eingebrachten gewährt wurde, daß sie nicht blos auf die querela de inofficioso testamento angewiesen war, um ihre Ansprüche geltend zu machen, sondern zwischen der Rückforderung ihres Heirathsgutes und der Querel oder nach Umständen der Legatsforderung die Wahl hatte.

2) Schwieriger ist der Fall, wenn der Mann nicht sui iuris und die Dos somit nicht ihm selbst, sondern dem Vater, in dessen Gewalt er stand, bestellt oder doch durch die an den Sohn geschehene Bestellung ipso iure erworben war. Hier ist zu unterscheiden, ob die Ehe noch bei Lebzeiten des Schwiegervaters durch den Tod des Mannes aufgelöst wurde, oder der Schwiegervater noch während bestehender Ehe des Sohnes starb. Für den ersten Fall behauptet Voigt S. 59, daß der Tod des in väterlicher Gewalt befindlichen Sohnes durchaus gar keinen Einfluß auf den Bestand der Dos gehabt habe, und zwar in keiner Periode des römischen Rechts; daß jene vielmehr in ihrer Existenzdauer durchaus von der Lebensdauer dessen, dem sie bestellt war, abhängig gewesen, also erst nach dem Tode des Schwiegervaters eine actio rei uxoriae in's

[26] L. un. §. 3. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 7. Theod. Cod. de testam. 4. 4.

[27] Ich kann mir die Sache nicht wohl anders vorstellen, als daß die Wittwe im iudicium familiae erciscundae erklärt hatte, sie wolle sich blos mit ihrem eingebrachten Vermögen begnügen, auf alles Andere verzichten, wogegen dann aber die Miterben auch die sonstigen Schulden des Erblassers allein zu übernehmen und sie gegen die Gläubiger sicher zu stellen hätten. Darnach würde dann die Annahme von Voigt, daß in dem Rechtsfalle der Licinnia, so wie er ihn construirt, deren Dotalanspruch auf die Hälfte beschränkt gewesen sei, sich meines Erachtens nur in der Art rechtfertigen lassen, daß, weil nichts vorhanden, zu dem iudicium familiae erciscundae kein Anlaß, und somit keine Gelegenheit geboten war, jene Ausgleichung zu erwirken. Von Confusio konnte strenge genommen nicht die Rede sein; die actio rei uxoriae konnte für die Wittwe erst durch den Tod des Mannes entstehen; doch entstand sie gegen die Miterben nur pro partibus hereditariis und natürlich nicht gegen sich selbst; wenn sie aber auf ihren Erbantheil verzichtend nur ihr Heirathsgut herausziehen wollte, konnte sie auch natürlich vollen Ersatz dafür verlangen.

Leben getreten sei. Dies ist ohne Zweifel richtig, wenn die Frau in manu mariti, beziehungsweise soceri stand, wenn man auch sonst die Zulässigkeit jener Klage im Todesfalle behaupten möchte. Die Wittwe des Sohnes blieb in diesem Falle nach wie vor neptisfamilias des Schwiegervaters und wurde nun, in locum mariti succedendo, wie dessen Kinder sua heres desselben, und erst nach dessen Tode konnte die Frage entstehen, ob sie ihr eingebrachtes Gut aus der Erbschaft herauszuziehen berechtigt sei[28]. In Ansehung der Dos aber bei der Ehe ohne Manus muß ich die Behauptung des Verfassers ablehnen und begreife ich nicht, wie er dazu kommt, dieselbe mit solcher Entschiedenheit aufzustellen, da er einen Beleg dafür nicht anführt. Es stehen ihr entgegen die allgemeinen Aeußerungen, welche das Recht der Rückforderung mit der Auflösung der Ehe in Verbindung bringen, soluto oder diremto matrimonio die Klage gaben[29], und selbst schon die Ueberschrift der betreffenden Titel (Dig. 24. 3. Cod. 5. 18): „soluto matrimonio dos quemadmodum petatur“[30], womit übereinstimmt, daß uns sehr häufig der Gegensatz „constante und finito oder dissoluto matrimonio“ begegnet. Ohne Zweifel wurde auch die Stipulation auf Rückgabe der Dos nach Endigung der Ehe gerichtet, und wenn also der Schwiegervater die Rückgabe der ihm bestellten Dos promittirt hatte, so konnte auch gar kein Zweifel darüber auftauchen, daß die Klage daraus sofort nach dem Tode des Sohnes begründet war; es ist aber an sich sehr unwahrscheinlich, daß in diesem Punkte die in Ermangelung der Stipulation eintretende actio rei uxoriae von der actio ex stipulatu verschieden war. So wird denn auch in L. 22. §. 12. D. soluto matr. 24. 3. die Klage schlechthin gegen den Schwiegervater (nicht erst gegen dessen Erben) gegeben, und diesen Ausspruch nur auf den Fall der Scheidung zu beziehen, dazu liegt kein Grund vor, da die L. 22. cit. überhaupt nur solutum matrimonium voraussetzt (vgl. §. 1. 2. 7. 8. 10.) und im pr. sogar ausdrücklich Scheidung und Todesfall anführt. Sodann L. 10. D. de pact. dot. 23. 4. setzt den Fall, daß der Großvater, welchem für den Enkel die Dos bestellt wurde, sich ausbedungen hatte „ne a se neve a filio dos peteretur“. Eine solche Verabredung für den Fall der Scheidung insbesondere ist nicht wahrscheinlich; im Fall

[28] Ob die Wittwe des Sohnes auch noch bei Lebzeiten des Schwiegervaters gleichsam nachträglich geschieden und aus dessen Manus entlassen werden konnte, und welchen Einfluß dieses auf ihre Vermögensverhältnisse hatte, darüber geben uns, meines Wissens, die Quellen keinen Aufschluß.

[29] L. 2. D. h. t. 24. 3. L. 84. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 1. Cod. h. t. 5. 18.

[30] Voigt S. 83. Anm. 87. bezieht diese Titel nur auf das Dotalrecht im Scheidungsfall. Das ist nach dem Gesammtinhalt derselben (vgl. auch das Folgende) durchaus unberechtigt.

der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau fand die Rückforderung überhaupt nicht statt; also muß dabei vorzüglich an den Fall der Auflösung durch den Tod des maritus neposfamilias gedacht sein; also konnte ohne jene Verabredung auch in diesem Fall der Großvater selbst und beziehungsweise der Vater, in dessen Gewalt der Mann war, auf die Rückgabe der Dos belangt werden. Endlich die L. 10. Cod. h. t. 5. 18. widerlegt den Verfasser geradezu. Sie sagt:

Si socero filiae tuae dotem dedisti, licet in eius positus potestate gener tuus rebus humanis exemtus sit, tamen non de peculio, sed in solidum a te, consentiente filia, conventum eum satisfacere oportet.

Der Schwiegervater selbst, dem die Dos bestellt war, kann belangt und verurtheilt werden. Also wird durch den Tod des in patria potestate befindlichen Ehemannes die rechtliche Lage der Dos sehr wesentlich berührt. Der Schwiegervater hat sie post solutum morte mariti matrimonium sofort zu restituiren. Nur in Beziehung auf den Umfang der Restitutionspflicht machte es einen Unterschied, ob die Dos dem Schwiegervater selbst bestellt war, oder dem Sohne mit Genehmigung des Vaters, oder dem Sohne ohne solche Genehmigung, indem in den beiden ersten Fällen der Schwiegervater in solidum, im dritten nur de peculio haftete, natürlich aber in jedem Falle wenigstens quod in rem ejus versum erat herauszugeben hatte[31].

Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Schwiegervater während noch bestehender Ehe gestorben, nun also der Mann sui iuris geworden ist. War die Frau in manu, so war sie von nun an eben vollkommen und ausschließlich in manu mariti. War dieser der einzige Erbe, so hatte er in der Erbschaft des Vaters zugleich das eingebrachte Vermögen seiner Frau. Ob aber für den Fall, daß er gar nicht oder nur zum Theil Erbe des Vaters geworden, in Ansehung dieses Vermögens besonderes Recht galt, lasse ich dahin gestellt sein, da uns die Quellen keinen Anhaltpunkt für die Beantwortung dieser Frage darbieten. Bei der Ehe ohne Manus dagegen ergab sich für diesen Fall ein eigenthümlicher Conflikt, indem einerseits die Verpflichtung zur Restitution der Dos die Erben des Schwiegervaters, als des bisherigen Eigenthümers der Dos, treffen mußte, andererseits aber die Function der Dos noch nicht beendet war, da die Ehe des Sohnes nach dem Tode des Vaters fortbestand. Erwägen wir auch hier vorerst den Fall, daß die Rückgabe der Dos stipulirt worden war. Hatte die Frau von dem Manne selbst die Rückgabe nach Endigung der Ehe stipulirt, so war zunächst dieser

[31] L. 22. §. 12. D. cit. L. 10. Cod. cit. cf. L. 20. §. 2. in fine D. fam. ercisc. 10. 2.

allein verpflichtet und gegen ihn allein die actio ex stipulatu begründet, und zwar erst nach Endigung der Ehe, also im fraglichen Falle erst nach dessen Tode gegen dessen Erben. Gegen den Vater und dessen Erben konnte die actio ex stipulatu nur als sog. actio adiectitiae qualitatis angestellt werden, natürlich auch erst dann, wenn die principalis actio gegen den Sohn selbst entstanden war, also nicht constante matrimonio. War die Dos dem Schwiegervater bestellt und von diesem selbst die Rückgabe nach Endigung der Ehe promittirt worden, so ging die Verpflichtung daraus auf die Erben als solche über und gegen diese fand principaliter die actio ex stipulatu statt, aber wiederum auch erst nach Endigung der Ehe, also in dem fraglichen Falle erst nach dem Tode des Mannes; man müßte sonst eine ausdrückliche Stipulation der Rückgabe auf den Todesfall des Schwiegervaters voraussetzen, die als stipulatio post mortem promissoris bekanntlich nach damaligem Rechte ungültig gewesen wäre. In beiden Fällen fragte es sich dann nur, wie der Sohn nach dem Tode des Vaters, in dessen Vermögen die Dos übergegangen war, aus dessen Erbschaft, wo er gar nicht oder nur zum Theil Erbe war, die Dos herauszog, damit sie noch ferner ihre Function, ut oneribus matrimonii serviat, erfülle? Wie verhielt es sich nun, wo keine Stipulation vorlag, mit der rei uxoriae actio? Sollte sie noch constante matrimonio nach dem Tode des Schwiegervaters gegen die Erben desselben begründet gewesen sein? und wie wurde die Fortdauer ihrer Function bis zum Ende der Ehe erreicht? Wie es scheint, hat die Beantwortung dieser Fragen der classischen Jurisprudenz einige Schwierigkeiten bereitet. Was die Quellen darüber für das Recht dieser Zeit ergeben, ist folgendes:

a) Auch wenn dem Schwiegervater die Dos bestellt war, lag der Gedanke zum Grunde, daß dem Dotalrecht gemäß eigentlich erst nach Endigung der Ehe die Rückgabe der Dos einzutreten habe. Dieses beweisen folgende Stellen:

L. 1. §. 9. D. de dote praelegata. 33. 4.

Celsus libro vicesimo Digestorum scribit, si socer nurui dotem relegavit, si quidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est.

Das ius actionis de dote ist kein geeigneter Inhalt eines wirksamen Legats, wo die Ehe noch besteht, weil es eben erst nach Endigung der Ehe in's Leben tritt.

L. 1. §. 13. D. eod.

Sed et marito ex parte herede instituto, a socero dote praelegata

(relegata?), legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata.

So lange die Ehe besteht, hat die Frau keine Dotalforderung; das Vermächtniß der Dos an dieselbe ist noch indebitum legatum; würde die Ehe später durch den Tod der Frau aufgelöst, so träte ja, nach damaligem Recht, die Dotalforderung gar nicht ins Leben; daher unterliegt das Vermächtniß dem Abzug nach der lex Falcidia, während das bei dem debitum legatum nicht der Fall ist. Gleicherweise sagt

L. 10. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5. (Ulp.)

Si nurui dotem praelegaverit eaque mortis tempore nupta sit, nullum legatum est, quia dos nondum debeatur.

L. 7. pr. D. eod. (Pap.)

Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

Der Erbe befürchtet mit der actio de dote wegen Herausgabe der Dos noch einmal in Anspruch genommen zu werden, aber er befürchtet dieses erst soluto matrimonio; nur dagegen will er sicher gestellt sein, ehe er das Legat auszahlt.

b) Die Personen, gegen welche die actio de dote sich richtet, sind die Erben des Schwiegervaters. Gegen den enterbten Sohn-Ehemann findet sie nicht statt;

L. 7. pr. cit. L. 1. §. 10. D. eod.

Per contrarium apud Julianum libro trigesimo septimo quaeritur, si socer filio suo exheredato dotem nurus legasset. Et ait, agi quidem cum marito exheredato de dote non posse;

gegen den mit anderen zusammen Erbe gewordenen nur pro parte, arg.

L. 20. §. 2. L. 51. pr. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. L. 1. §. 13. D. de dote praeleg. 33. 4. L. 85. in f. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

Dieses ist jedoch eben auch nur von dem Falle zu behaupten, wenn dem Vater die Dos bestellt worden war. War sie dem Sohne selbst bestellt worden, so mußte eben sowohl die actio rei uxoriae, wie, falls er selbst die Rückgabe promittirt hatte, die actio ex stipulatu gegen ihn schlechthin zustehen, gegen die Erben nur bedingt, arg.

L. 20. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2.

Praecipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, sed etiam ipsi filio Marcellus scribit, sed filio datam tamdiu quamdiu peculium patitur vel in rem patris versum sit.

c) Aber die Dos sollte doch für die Dauer der Ehe dem Manne verbleiben:

L. 56. §. 1. 2. D. de iure dot. 23. 3. (Paul.)

Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor.

L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2. (Paul.)

. . . mortuo patre quaedam filios sequuntur . . . ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit, et ita Scaevolae quoque nostro visum est.

Dieß machte gar keine Schwierigkeit, wenn der Mann der einzige Erbe des Vaters geworden. Er erhielt darin zugleich die ganze für seine Ehe bestellte Dos, soweit sie noch vorhanden war, und hatte dann nur im Fall der Scheidung selbst, im Fall seines Todes für seine Erben die actio de dote zu erwarten.

L. 85. D. ad leg. Falcid. 35. 2. (Julian.)

Si dos socero data est et solus filius heres patri extitisset, dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidiae rationem in aere alieno deducet, aliter enim videbitur indotatam uxorem habere.

Weil nach damaligem Rechte der Mann die Dos behielt, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wurde, so hätte etwa Jemand glauben können, die Dotalschuld sei bei Berechnung der Falcidischen Quarta als eine bedingte Schuld zu behandeln, und daher nur eventuell von dem Betrage des Aktivvermögens, zu dem übrigens auch die noch vorhandene Dos gehörte, in Abzug zu bringen, für den Fall nämlich, daß späterhin die actio de dote entstehe. Allein daraus würde folgen, daß der Mann nun in der That keine Dos mehr hätte, indotatam uxorem haberet. Wenn z. B. der Betrag der Dos gerade einem Viertheil des gesammten Aktivvermögens gleichkam, drei Viertheile aber durch Legate erschöpft waren, so hätten diese, falls nicht die Frau die Auflösung der Ehe überlebte, ohne Abzug entrichtet werden müssen, der Mann hätte also, wenn die Frau in der Ehe starb, gar nichts als Dos behalten, sondern nur gerade so viel gehabt, als er durch den Abzug der Falcidischen Quarta behalten haben würde, wenn eine Dos für ihn gar nicht bestellt, die Erbschaft des Vaters sonst aber von gleichem Betrage gewesen wäre. Daher die Entscheidung der L. 85. cit., die das doppelte Moment in sich schließt, sowohl, daß der Sohn die seinem

Vater bestellte Dos mit dessen Erbschaft ohne weiteres überkommt, als auch, daß er erst nach der später erfolgenden Endigung der Ehe mit der actio de dote auf Rückgabe belangt werden kann.

War dagegen der Sohn-Ehemann nur zum Theil Erbe des Vaters, so diente ihm das iudicium familiae erciscundae dazu, von den Miterben die Herausgabe der ganzen Dos, als eines ihm gebührenden Präcipuum, zu erlangen. Dabei mußte er aber den Miterben Caution leisten, daß er die künftige actio de dote auch zu ihrem Theil allein auf sich nehmen, die Miterben gegen die Klage vertheidigen werde. So sagt

L. 20. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2.

Integram igitur dotem praecipiet (sc. filiusfamilias) et cavebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri.

Vermuthlich ist diese Stelle durch die Compilatoren mit Rücksicht auf L. un. Cod. de rei uxoriae act. 5. 13. abgeändert; vielleicht hat Ulpian geschrieben: „qui rei uxoriae vel ex stipulatu actione possunt conveniri". Daß auch gegen die erste Klage Sicherheit zu leisten war, ist für den Fall, wenn die Dos dem Erblasser als Schwiegervater bestellt worden, nicht zu bezweifeln. Wenn dagegen die Dos dem Sohne selbst bestellt war, so konnte dieser zwar ebenfalls die in das Vermögen des Erblassers übergegangene Dos als Präcipuum in Anspruch nehmen, aber hier konnte jene Caution entbehrlich scheinen, weil die Dotalklage zunächst nur gegen den Ehemann selbst, und zwar in solidum, zustand. Uebrigens bestätigen das Gesagte noch

L. 51. pr. D. fam. ercisc. 10. 2. (Paul.)

Fundus qui dotis nomine socero traditus fuerit, quum pater filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset[32], si dos per praeceptionem legata fuisset,

worin die Vergleichung mit dem ohne Zweifel sehr häufig vorgekommenen Falle, daß der Vater dem verheiratheten Sohne die für dessen Ehe bestellte Dos per praeceptionem legirte, bedeutsam hervortritt; sodann

L. 2. Cod. fam. ercisc. 3. 36. (Antonin. Caracalla.)

Uxor tua, si mortuo patre tuo, cui dotem numeraverat, quum heres ei extiteris, adhuc in matrimonio tuo fuerit, familiae erciscundae actionem ad exsequendam dotem secundum iuris pridem placitum adversus coheredes tuos nactus es eamque retines, etiamsi postea, dum tibi nupta est, decessit,

[32] Haloander hat quae statt in qua. Mommsen in seiner Ausgabe deutet als Textverbesserung an: »ut (fundus) ea causa filii sit, qua futurus esset«.

worin noch besonders ausgesprochen ist, daß der Mann die so erlangte Dos auch dann, wenn nachher die Ehe durch den Tod der Frau geendigt wird, der damals geltenden Regel gemäß behalte, nicht etwa jetzt wieder pro parte den Miterben herauszugeben habe, und beiläufig angedeutet wird, daß jener Rechtssatz der Jurisprudenz seine Entstehung verdankte.

In Uebereinstimmung damit steht der Schluß der oben besprochenen L. 85. D. ad leg. Falcid. von Julian:

„Quodsi filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper, pro qua parte heres erit, dotem in aere alieno deducet, et coheres eius antequam dos a filio praecipiatur“.

Dem Sohne steht nach Maßgabe seines Erbtheils die actio de dote bevor, und in so weit findet ganz dasselbe Anwendung, was oben für den Fall, daß er der einzige Erbe sei, gesagt worden ist. Neben ihm sind seine Miterben, ebenfalls nach Maßgabe ihrer Erbtheile, der Dotalklage ausgesetzt, und müssen eben so wie jener berechtigt sein, den auf sie fallenden Betrag der Dos bezüglich der Falcidischen Berechnung als Schuld in Abzug zu bringen. Aber warum nur, antequam dos a filio praecipiatur? Die Berechnung der Falcidia sollte doch mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers geschehen; war darnach festgestellt, ob und wie viel die Legate Abzug erleiden, so konnte dieses dadurch, daß eine in Anrechnung gebrachte Schuld getilgt wurde, keine Aenderung erfahren. Und unmöglich kann jener Zusatz den Sinn haben, daß, nachdem die praeceptio dotis vollzogen worden, nun der Miterbe seinen Legataren mehr zu entrichten habe. Er ist vielmehr so zu erklären, daß, nachdem die Dos dem Ehemann überwiesen worden, nunmehr dieselbe als gänzlich ausgeschieden aus der Erbschaft betrachtet wurde.

Wenn der Sohn gar nicht Erbe war, also ein iudicium familiae erciscundae nicht stattfinden konnte, so konnte doch durch ein Legat vorgesorgt sein, daß derselbe sich die Herausgabe der Dos zu verschaffen vermöge; aber dann hatte dieser ebenfalls den Erben Caution dafür zu leisten, daß er für deren Vertheidigung gegen die in Aussicht stehende Dotalklage der Frau einstehen werde:

L. 1. §. 10. D. de dote praeleg. 33. 4.

. . . . agi quidem cum marito exheredato de dote non posse; verum tamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati, sed non alias eum legatum consecuturum, quam si caverit, heredes adversus mulierem defensum iri;

denn an sich blieb, auch wenn die Erben die Dos dem Manne herausgegeben hatten, die actio de dote in Folge der ihrem Erblasser bestellten Dos noch gegen dieselben begründet;

L. 1. §. 10. cit. in fine:

dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere.

Vgl. L. 7. D. eodem.

War aber endlich der Sohn weder Erbe des Vaters noch auch demselben die Dos durch Vermächtniß zugewendet, so wurde ihm eine utilis actio eingeräumt (utilis familiae erciscundae oder legati actio?), um die Herausgabe der Dos gegen die Erben des Vaters zu erwirken, wiederum gegen die Sicherstellung der Erben bezüglich der de dote actio mulieris.

L. 1. §. 9. D. l. c.

Sed si voluit eam (sc. nurum, cui dotem socer relegavit) recipere dotalem pecuniam, inquit (Celsus), utile erit legatum. Si tamen haec dotem receperit, nihilominus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, utili actione. Ego puto, quoniam non hoc voluit socer, ut bis dotem heres praestet, et mulierem agentem ex testamento cavere debere defensum iri heredem adversus maritum. Ergo et maritus idem debebit cavere, defensum iri adversus mulierem.

d) Bisher haben wir nur von Klagen gesprochen, welche dem Sohn-Ehemann zustanden, um bei fortdauernder Ehe, oder der Frau, um nach Auflösung der Ehe die Dos aus der Erbschaft des während der Ehe verstorbenen Schwiegervaters zu erlangen. Aber wir finden nun, daß auch der Frau noch während der Ehe gegen die Erben des Schwiegervaters eine Dotalklage eingeräumt war. So sagt Ulpian in

L. 10. D. de legat. praest. 37. 5.

Si nurui dotem praelegaverit eaque mortis tempore nupta sit, nullum legatum esse, quia dos nondum debeatur; sed quum et constante matrimonio adversus heredes soceri dabitur actio, etiam praelegatae dotis petitionem dari debere.

Ulpian bleibt hier bei dem Satze, den er in L. 1. §. 9. D. de dote praeleg. aus Celsus ohne Mißbilligung angeführt hat (vgl. oben unter a), nicht stehen. Er behauptet, daß, wenigstens unter Umständen, auch schon constante matrimonio die actio de dote von der Frau angestellt werden könne, und folgert daraus, daß nun in gleichem Maße, wenn ihr die Dos (sc. das ius actionis de dote) relegirt sei, auch die actio legati ihr eingeräumt werden müsse. Jene Möglichkeit setzt auch Paulus voraus in

L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2.

Si maritus sub conditione a patre heres institutus sit[33], interim uxoris de dote actionem pendere.

Aber nur gegen andere Erben, nicht gegen den Ehemann als Erben des Vaters, wird der Frau die Klage gegeben, da der Ehemann ja bis zum Ende der Ehe die Dos behalten soll, wo nicht besondere Gründe schon während der Ehe das Verlangen rechtfertigen, daß die Dos dem Manne entzogen werde. Man könnte darauf beziehen

L. 24. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. (Ulp.)

Si exheredato marito mulier agat (die Vulgata setzt hinzu: de dote), magis est, ut ex die aditae patris hereditatis incipiat ei dotis exactio;

und Voigt S. 62. führt auch diese Stelle mit an als Beweis für die actio de dote gegen die Erben des Schwiegervaters, indem er nach den Worten „agat de dote" als Parenthese hinzusetzt „i. e. adversus heredes soceri". War nämlich der Sohn enterbt, so konnte sich durch Ablehnung der Erbschaft ex testamento noch ergeben, daß derselbe gleichwohl Erbe des Vaters wurde und darum constante matrimonio die actio de dote nicht stattfand. Aber da L. 24. cit. pr. den Fall der exactio dotis propter inopiam mariti bespricht und namentlich den Zeitpunkt, wenn sie zulässig sei, bestimmt, so ist auch §. 1. vielmehr darauf zu beziehen und erklärt sich daraus, daß nach damaligem Recht der enterbte Sohn, wenn er nicht durch Vermächtnisse entschädigt war, nothwendig vermögenslos war und außer der Dos, die er auch als Enterbter erlangen konnte (nach Nr. c), nichts hatte, wobei es sich dann aber noch fragte, ob nicht die Enterbung durch Ablehnung der testamentarischen Erbschaft unwirksam werde.

Uebrigens hängt es mit jener actio de dote adversus heredes soceri zusammen, daß die Herausgabe der Dos von Seiten der Erben an die Frau selbst, bevor der Mann nach Nr. c seinen Anspruch geltend gemacht hatte, den letzten ausschloß, sowie umgekehrt die Klage der Frau ausgeschlossen war, wenn die Erben unter der gehörigen Cautel die Dos an den Mann herausgegeben hatten. So sagt

L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. (Julian.)

Quum patri dos data esset et ei filius ex aliqua parte heres sub conditione institutus fuerit, et pendente conditione coheredes eius dotem pro sua portione mulieri solverint, hoc minus filius

[33] Natürlich vorausgesetzt, daß dieß giltig geschehen sei, also entweder unter einer Potestativbedingung, oder so, daß er zugleich unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt war.

ex dote praestare debebit, quoniam nullam actionem eius pecuniae recuperandae gratia adversus heredes habet.

Der Sohn sollte zwar eigentlich die ganze Dos haben und dann erst nach Endigung der Ehe der Frau zurückerstatten; aber wenn die Miterben zu ihrem Erbtheil dieselbe bereits an die Frau herausgegeben haben, so kann er nun in dem iudicium familiae erciscundae die praeceptio dotis nicht mehr durchführen, hat nun aber auch natürlich der Frau so viel weniger zu restituiren. Eben so wird, wenn dem Sohne die Dos prälegirt war, die Forderung aus dem Legat ausgeschlossen, wenn die Erben vorher der Frau die Dos zurückgegeben haben. L. 1. §. 11. L. 7. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4.

Dieß nun sind die Sätze, welche wir für die Zeit der klassischen Jurisprudenz unseren Quellen entnehmen können, betreffend den Fall, wenn die Dos dem Schwiegervater bestellt und dieser während noch bestehender Ehe des Sohnes gestorben war[34]. Mit seiner Lex Maenia bringt Voigt S. 62. 64. dieselben, anknüpfend an den S. 59. von ihm aufgestellten Hauptsatz, daß die Existenzdauer der Dos von der Lebensdauer desjenigen, dem sie bestellt war, abhängig sei, folgendermaßen in Verbindung: Bei der Ehe ohne Manus stand die actio rei uxoriae, und zwar sofort nach dem Tode des Schwiegervaters gegen dessen Erben, „der Frau selbst zu, allein das Eigenthumsrecht an der Dos ging in der gleichen Maße, wie bei der Ehe mit Manus auf den Ehemann über, und diese Ordnung ist zweifelsohne von der Lex Maenia als selbständiger Rechtssatz ausgesprochen worden." — „Dagegen ist es eine durchaus jüngere, der Lex Maenia fremde und wohl erst vom Zeitalter Nerva's abwärts festgestellte Rechtsordnung, daß dem Ehemanne schlechthin ein legales Präceptionsrecht der Dos seiner Ehefrau an dem Nachlasse seines Vaters, somit aber ipso jure eine Dos-Rückforderungsklage zusteht, und zwar als a. fam. ercisc., dafern er Miterbe am Nachlasse seines Vaters geworden ist, und andernfalls als a. fam. ercisc. utilis".

Mit dieser Aufstellung aber kann ich mich durchaus nicht einverstanden erklären.

[34] Nach Justinianischem Recht kam dieser Fall wohl nicht mehr häufig vor. War dem Sohn selbst die Dos bestellt, so gestaltete sich nun das Verhältniß ganz einfach so, daß er selbst allein das Eigenthum an den Dotalsachen, das nur einstweilen durch den Nießbrauch des Vaters beschränkt war, erwarb, wie auch allein zur Restitution der Dos nach Endigung der Ehe verpflichtet war. Daher wurde dieß nun ohne Zweifel ganz gewöhnlich. Aber es konnte immerhin auch vorkommen, daß dem Vater die Dos bestellt und das Eigenthum an den Dotalsachen übertragen wurde. Daher war die Aufnahme der diesen Fall betreffenden Stellen nicht gerade ein Fehlgriff der Compilatoren, abgesehen davon, daß sie auch sonst öfter die Consequenzen der L. 6. 8. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. zu ziehen der Interpretation überlassen haben.

Den ersten Theil derselben betreffend, muß ich vorerst fragen: was heißt es „das Eigenthumsrecht der Dos ging . . . auf den Ehemann über"? Das Eigenthum der Dotalsachen kann nicht gemeint sein; denn dieses mußte zurückübertragen werden; darauf ging die actio rei uxoriae, und, wenn also diese der Frau zustand, so mußte es der Frau übertragen werden. Das Dotalrecht kann auch nicht gemeint sein; denn dieses besteht ja eben wesentlich in dem ius actionis de dote, und diese actio de dote soll ja der Frau, nicht dem Manne zustehen. Es bleibt also nichts übrig als ein Anspruch des Mannes darauf, daß ihm die Dos, deren Rückgabe die Frau durch die actio rei uxoriae erwirkte, für die fernere Dauer der Ehe überlassen werde. Aber ein Anspruch ohne Klage? oder welche Klage sollte es sein, wodurch der Mann jenen Anspruch geltend machte? und, wenn es geschehen war, durch welche Klage wurde dann nach Endigung der Ehe die Rückgabe der Dos von Seiten des Mannes oder seiner Erben erwirkt? Diese konnte allenfalls durch eine Cautio bei Herausgabe der Dos beschafft werden, wie in dem Falle, wenn die Erben des Vaters die Dos dem Manne herausgaben. Aber eine Klage gegen die Frau ist nicht zu erfinden. Den Erben etwa gegenüber der actio rei uxoriae der Frau das Recht zu geben, Caution dafür zu verlangen, daß die Klägerin die Dos dem Manne überlasse, das wäre eine unmögliche Aushülfe, da sie, die vom Manne nichts zu befürchten hatten, auch kein Interesse dabei haben konnten, und zudem eine ungenügende; denn wie, wenn sie die Caution eben nicht verlangten?

Sodann: was heißt es „in der gleichen Maße wie bei der Ehe mit Manus"? Das Eigenthum der von der Schwiegertochter in manu herrührenden dem Schwiegervater erworbenen Sachen ging auf dessen Erben über. Der Verfasser nimmt aber an, im Fall des Todes des Schwiegervaters erwerbe die Schwiegertochter eine actio rei uxoriae gegen die Erben auf Herausgabe ihres Heirathsgutes, diese Klage aber sei, da sie in manu des Sohnes bleibe, sofort ipso iure diesem erworben. Sollte nun dem analog das Verhältniß bezüglich der Dos bei der Ehe ohne Manus geordnet werden, so mußte ja gerade das ius actionis de dote, die rei uxoriae actio, dem Manne etwa als utilis actio mit Ausschließung der Frau beigelegt werden. Das soll aber nicht der Fall sein. Es fehlt also durchaus an „der gleichen Maße"; denn weder erwirbt der Mann, es sei denn als Erbe, das Eigenthumsrecht an den noch in der Erbschaft des Vaters befindlichen Dotalsachen, noch die actio rei uxoriae; nur ein in der Luft schwebendes Eigenthumsrecht an der Dos, das weder das eine noch das andere ist, wird ihm beigelegt.

Es ergibt sich hieraus, daß der erwünschte Parallelismus vielmehr gerade erst durch die Rechtsmittel, die nach der Ausführung unter c) im klassischen Recht dem Manne zugestanden sind, wirklich erreicht worden wäre. Dieß führt mich auf den zweiten Theil jener Aufstellung. Daß das Präceptionsrecht der Dos auf Seiten des Sohn-Ehemanns erst später zur Anerkennung gekommen sei, als die schon während der Ehe zulässige actio de dote der Schwiegertochter gegen die Erben des Schwiegervaters, dafür hat Voigt nicht einmal den Schein eines Beweises gegeben. Allerdings gehen die quellenmäßigen Belege für jenes nicht über Julian und Celsus hinauf, allein es erscheint in diesen Stellen durchaus nicht als etwas Neues oder Zweifelhaftes[35]. Andererseits wird der fraglichen Klage der Schwiegertochter, abgesehen nämlich von dem Falle, wenn ihr dos a socero relegata erat, direkt nur in zwei Stellen von Ulpian[36], und in einer von Paulus[37] erwähnt, und nur noch in einer Stelle von Julian[38], wie es scheint, vorausgesetzt, und von den beiden Stellen des Ulpian hat zudem die eine entschieden keine Beweiskraft für den allgemeinen Satz des Verfassers, da sie nur von der exactio dotis propter inopiam mariti handelt, die natürlich, so lange die Dos noch nicht an den Mann gekommen war, gegen die Erben des Schwiegervaters zugelassen werden mußte. Und selbst auch die zweite Stelle Ulpian's drückt sich in einer Weise aus, daß es ganz wohl zulässig ist, sie nur auf denselben oder einen ähnlichen exceptionellen Fall zu beziehen, ohne Anerkennung der Regel, daß überhaupt schon constante matrimonio die actio de dote adversus heredes soceri stattfinde. Nachdem sie zuerst den Satz, daß das Legat der Dos an die noch verheirathete Schwiegertochter nichtig sei, vorangestellt, setzt sie hinzu: Sed quum et constante matrimonio adversus heredes soceri dabitur actio, dicendum est, etiam praelegatae dotis petitionem dari debere, und das kann sehr wohl erklärt werden: in dem Falle aber, wenn (ausnahmsweise) auch schon constante matrimonio die actio de dote gegen die Erben gewährt wird, muß nicht minder auch die Klage aus dem Legat zugelassen werden. Auf denselben Fall kann dann endlich auch

[35] Vgl. Voigt S. 64. Anm. 101. Wenn Paulus in L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2. sich mit besonderem Nachdruck auf die Autorität des Cervidius Scaevola beruft (»et ita Scaevolae quoque nostro visum est«), so ist das nicht auf einen Zweifel in Betreff des Präceptionsrechts überhaupt zu deuten sondern nur auf die Entscheidung des besonderen Falls der Stelle zu beziehen, wenn nämlich der Mann vom Vater unter Bedingung zum Erben eingesetzt war und dann noch vor Erfüllung der Bedingung die Scheidung erfolgte.

[36] L. 24. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. L. 10. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5.

[37] L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2.

[38] L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3.

die Stelle des Paulus bezogen werden, weil, wenn der Sohn giltiger Weise nur sub conditione ex aliqua parte heres institutus est, dieß eventuell in der Wirkung einer Enterbung des Sohnes gleichkommen kann.

Nach allem diesem kann ich es jedenfalls weder als erwiesen noch als wahrscheinlich zugeben, daß die actio de dote constante matrimonio älter als das Präceptionsrecht des Sohnes sei und auf einem alten Civilgesetze beruhe. Ich finde es vielmehr wahrscheinlicher, daß jene auf dem prätorischen Edict beruhte, dieses ein Produkt des ius civile war. Dieß schließe ich daraus, daß Ulpian nach L. 1. §. 9. sq. D. de dote praeleg. in seinem Werke ad Sabinum die Ansicht des Celsus über die Nichtigkeit der relegatio dotis an die noch verheirathete Schwiegertochter ohne Mißbilligung oder Beschränkung anführt, eben daselbst das Klagrecht des Mannes anerkennt, nach L. 10. §. 1. D. de legat praest. aber in seinen Büchern ad edictum ungeachtet der auch hier angenommenen civilrechtlichen Nichtigkeit des Legats gleichwohl eine actio de dote und eine petitio praelegatae dotis zuläßt.

In diesem Punkte also abweichend von Voigt, stelle ich mir den historischen Zusammenhang so vor: Das Gesetz stellte als Regel auf, daß im Fall der Endigung der Ehe durch den Tod des Mannes die Dos der Wittwe (beziehungsweise deren Vater) zu restituiren sei, erkannte aber zugleich an, daß, so lange die Ehe dauere, auch die Beziehung der Dos zu derselben festzuhalten und somit dem Sohne, der, sui iuris geworden, fortan die onera matrimonii allein zu tragen hatte, zuzuwenden sei. Nach diesen Grundsätzen wurde durch Theorie und Praxis die Lehre genauer ausgebildet, und nur das noch hinzugefügt, daß auch die Frau zur Sicherung ihres Dotalrechts die Erben des Schwiegervaters schon während der Ehe wegen Ausantwortung der Dos in Anspruch nehmen konnte, wo etwa der Mann es versäumte oder andere Gründe vorlagen, diesem die Dos zu entwinden.

## §. 6.

Viel einfacher und kürzer ist der Fall zu erledigen, wenn die Ehe durch den Tod der Frau geendigt wurde. Bei der Ehe mit Manus verstand sich von selbst, daß die der Frau bestellte Dos, wenn nicht der dritte Besteller den Rückfall stipulirt hatte, wie alles von der Frau herrührende Gut des Mannes, beziehungsweise des Schwiegervaters, diesem zu eigen blieb, da die Frau in diesem Falle Erben gar nicht haben konnte. Bezüglich der Dos bei der Ehe ohne Manus aber war eben so der Grundsatz anerkannt, daß dieselbe dem Manne verbleibe, die Erben der Frau

keinen Anspruch darauf hatten [39]. Daß aber dieser Grundsatz schon zur Zeit des Augustus und des Cicero galt, das beweist Voigt S. 65. 66. aus Val. Max. VII. 7. 4. und Cic. pro Flacco cap. 35., und daß auch dieser Grundsatz in einer Lex seinen Ausdruck gefunden, das beweist die eine Ausnahme, welche von jener Regel galt. Wenn der Vater die Tochter, durch deren Tod die Ehe geendigt wurde, überlebte, so konnte er die von ihm bestellte Dos (profectitia) zurückfordern, er für seine Person, nicht seine Erben, der Mann aber hatte das Recht, für jedes in der Ehe mit der Tochter erzeugte noch lebende Kind ein Fünftheil, also wenn fünf Kinder da waren, die ganze Dos zurückzuhalten. Diese Bestimmung, mit ihrem Ansatz nach festem Zahlverhältniß, läßt sich nicht wohl aus einer anderen Quelle, als einem positiven Gesetz, ableiten. Daß sie aber ebenfalls schon zur Zeit der Republik bestand, daß sie namentlich schon dem berühmten Zeitgenossen Cicero's, Servius Sulpicius, bekannt war, geht hervor aus

L. 79. pr. D. de iure dot. 23. 3. (Labeo lib. VI. poster. a Javoleno epitom.)

Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur; negat Servius dotem ad patrem reverti, et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.

Es muß also dieselbe einer Lex aus früherer Zeit zugeschrieben werden.

## §. 7.

Als einen besonderen Punkt in dem Inhalte der fraglichen lex de dote hebt Voigt in §. 15. S. 67. fg. noch die gesetzlichen Numerations- und Restitutionsfristen der Dos hervor, die ebenfalls wieder eine Lex fast unabweislich vorauszusetzen scheinen. In Ansehung der Restitution der Dos galt bekanntlich im classischen Recht, wo nicht durch Verabredung etwas anderes bestimmt war, die Regel, daß dieselbe, sofern sie in einer Quantität vertretbarer Dinge bestand, erst in drei Terminen von je einem Jahr restituirt zu werden brauchte [40], eine Regel, die erst Justinian dahin abänderte, daß nur Grundstücke sofort, andere Dotalgegenstände innerhalb eines Jahres zu restituiren seien [41]. Auch diese Regel bestand allem Anschein nach schon vor der lex Julia de maritandis ordinibus; sie wird in dieser vorausgesetzt, indem sie dieselbe

[39] Ulp. fragm. VI. 4. 5. cf. fragm. Vat. §. 98.

[40] Ulp. fragm. VI. 8. Dos si pondere numero mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur, nisi ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur. Vgl. L. 14—17. 19. D. de pact. dot. 23. 4.

[41] L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act. 5. 13.

für den Fall, daß der Mann die Scheidung verschuldet hatte, propter mores graviores ganz ausschloß, propter mores leviores aber dahin abänderte, daß derselbe die Fungibilien schon nach Ablauf von sechs Monaten herauszugeben und bezüglich der übrigen Dos einen Abzug von den Früchten zu erleiden hatte, der dem in jenem Falle ihn treffenden Verlust des Interusurium entsprach[42]. Und daß sie auch Cicero vor Augen hatte, wird wahrscheinlich durch die Vergleichung von Cic. ad Att. XIII. 34. 47. XIV. 19. XVI. 2. 6. 15. Daß sie aber durch eine Lex eingeführt worden, ist nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern wird auch durch L. 17. D. de pact. dotal. bestätigt. Niebuhr hat nun die Vermuthung aufgestellt, daß der obigen Strafbestimmung die Rücksicht auf das unciarium foenus als gesetzlichen Zinsfuß zum Grunde liege, und benutzt sie als ein Argument für seine Behauptung, daß unter unciarium foenus $^1/_{12}$ des Kapitals jährlich zu verstehen sei[43], und in der That unterstützt sie diese Behauptung, indem man von der Voraussetzung ausgehen darf, daß die Strafe des Mannes der Strafe der Frau gleichkommen sollte[44]. Niebuhr hat nun ferner vermuthet, daß als Zinsjahr früher das zehnmonatliche Jahr angenommen worden sei, wornach sich dann das unciarium foenus für das zwölfmonatliche Jahr auf 10 Procent berechnen würde. Und beide Vermuthungen haben von vielen Seiten Zustimmung erhalten[45]. Darnach wäre denn ferner auch die Fristbestimmung für die Restitution der Dos „annua, bima, trima die“ ursprünglich mit Rücksicht auf das zehnmonatliche Jahr zu erklären, als Festsetzung von drei Zahlungsterminen zu je 10 Monaten. Nun findet sich in Uebereinstimmung damit eine gleiche Fristbestimmung auch in Ansehung der Auszahlung einer constituirten Dos angenommen, eine Frist nämlich von drei Jahresterminen, die aber als zehnmonatliche aufgefaßt sind. Sie wurde a. u. 592 in einem Falle, wo die Dos

[42] Ulp. fragm. §. 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae ad diem reddi debet, ita (ut) propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensium die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio (daß so das handschriftliche repensatio zu emendiren ist, bezweifle ich nicht) facit. Daß diese Strafbestimmung der lex Julia et Pap. Popp. angehörte, schließt man mit Recht aus L. 8. D. de captiv. 49. 15. (Paul. lib. III. ad legem Juliam et Papiam) »mulier . . . . poenis discidii tenebitur«. Vgl. Demelius, legum fragmenta pag. 54. Heinecc. ad leg. Jul. et P. P. pag. 246. — Darüber, daß unter senum mensium dies nicht mehrere halbjährige Termine zu verstehen seien, sondern ein Termin von 6 Monaten nach der Scheidung, vgl. Schrader in Hugo's civ. Mag. V. S. 180 fg.

[43] Römische Geschichte, 1. Aufl. II. S. 431 fg.

[44] Die Einbuße am Interusurium belief sich, wenn er die ganze Dos sofort entrichten mußte, auf $^1/_{12}$ für das erste Jahr, $^2/_{36}$ für das zweite, $^1/_{36}$ für das dritte, also $^1/_{12} + {}^2/_{36} + {}^1/_{36} = {}^1/_6$; für den Fall, daß er sie nach 6 Monaten entrichten mußte, auf $^1/_6 - {}^1/_{24} = {}^3/_{24} = {}^1/_8$. So stellt sich die Berechnung leichter und einfacher, als die von Schrader a. a. O. angestellte.

[45] Vgl. Rein, das Privatrecht und der Civilprozeß der Römer, S. 631 fg.

vermacht war, als gesetzliche Fristbestimmung in Betracht gezogen (vgl. oben §. 1. unter e); daß sie aber ebenso auch für die Auszahlung der versprochenen Dos galt, ist wiederum nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern wird auch in Beziehung auf einen Fall späterer Zeit, die Ausstattung von Cicero's Tochter Tullia, einleuchtend bestätigt durch die Vergleichung von Cic. ad Att. XI. 2. 3. 4. 23. 25. XVI. 15[46].

Daß nun diese beiden einander entsprechenden Fristbestimmungen für Restitution und Numeration der Dos in einem und demselben Gesetze, also in einer lex de dote, die vor a. u. 592 ergangen war, ihre Quelle gehabt haben, das ist kaum zu bezweifeln.

§. 8.

Mit den Bestimmungen über die Dos bringt Voigt noch eine andere Bestimmung in Verbindung, die er ebenfalls der Lex Maenia zuschreibt, die Scheidungsbefugniß betreffend. Davon handelt er in §. 16. S. 69—78. Nach altem Recht konnte ohne Zweifel so wenig der Sohn als die Tochter, wenn sie noch in der väterlichen Gewalt standen, ohne oder gegen den Willen des Vaters sich scheiden; nur der letzte hatte die Befugniß dazu, die erst in der Kaiserzeit einigermaßen beschränkt worden ist (vgl. oben Anm. 11.) Nun wird aber „allerdings erst in sehr später Quelle", nämlich in zwei Gesetzen Justinian's[47], bekundet, „daß auch dem Filius- wie der Filiafamilias selbst wider den Willen ihrer resp. Väter die Scheidung gestattet war" (Voigt S. 69. 70), indem Justinian dort denselben diese Befugniß abspricht. Obwohl nun Voigt in den Rechtsquellen älterer Zeit keine Zeugnisse für dieses Recht entdeckt hat, ja, was die Scheidungsbefugniß der Filiafamilias betrifft, sogar ein Argument gegen dieselbe in einer Stelle von Ulpian[48] erkennt, so glaubt er dennoch die Scheidungsbefugniß des Filiusfamilias der Rechtsordnung einer viel älteren Zeit vindiciren und schon der Lex Maenia beilegen zu dürfen. Zum Belege dafür dient ihm des Terentius Comödie Hecyra, worin der Sohn trotz dem Widerstreben des Vaters dabei verharrt, von seiner Frau Philumena sich zu scheiden, der Vater ihm nicht befiehlt, sondern nur ihn bittet und zu überreden sucht, die Frau wieder zu sich zu nehmen,

[46] Im späteren Rechte finden wir die Numerationsfrist nicht mehr. Justinian stellte darüber eine ganz abweichende Vorschrift auf in L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12.

[47] L. 12. Cod. de repud. 5. 17. Nov. 22. cap. 19. Die erste ist bis jetzt nur im Auszug, als lex restituta nach den Basilic. XXVIII. 7. 20. und nach dem, was die Nov. 22. l. c. als deren Inhalt mittheilt, bekannt. Doch ist es nicht genau, wenn Voigt diesen Auszug als „allein überlieferten" bezeichnet, es müßte denn unrichtig sein, was Biener in der Revision des Just. Codex zu L. 12. cit. bemerkt: der ächte Text habe sich in den Veroneser Fragmenten erhalten. Vgl. auch Herrmann's Ausgabe des Codex zu L. 12. cit. Anm. a. »genuina extat in plmps. Vatic., nondum autem in publicam utilitatem ex scriniis doctorum edita«, wo aber statt Vatic. stehen sollte Veron.

[48] L. 5. D. de divort. 24. 2. (Ulp. lib. XXXIV. ad edictum).

auch der Schwiegervater die Scheidung nur von dem Willen des Sohnes abhängig macht, indem er sagt III. 5. v. 51. 52.

Si est, ut velit reducere uxorem: licet.

Sin alio est animo, renumeret dotem huc, eat.

Und damit bringt dann Voigt das fragm. 1. und 4. aus Varro's Satyra in Verbindung (vgl. oben §. 1. Anm. 1).

Man kann nun freilich nicht sagen, daß dadurch mehr als einige Wahrscheinlichkeit für die Annahme Voigt's gewonnen werde. Denn das Verhalten des Sohnes in dem Lustspiele kann doch auch sehr wohl so erklärt werden, daß er sich eben nur widerspenstig gegen den Willen des Vaters auflehnte, ohne daraus folgern zu müssen, daß er gegen den Willen des standhaften Vaters die Scheidung juristisch giltig hätte durchsetzen können, und die angeführten Fragmente des Varro können nur vermöge einer allerdings scharfsinnigen Combination dahin bezogen werden, sind aber an sich verschiedener Deutung empfänglich. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit ist aber immerhin zuzugeben. Diese Wahrscheinlichkeit würde noch erhöht, wenn wir aus Nov. 22. cap. 19. a. E. herauslesen dürften, daß schon Marcus Aurelius die Scheidungsbefugniß des Filiusfamilias und auch der Filiafamilias anerkannt, zugleich aber gegen Mißbrauch derselben zum Nachtheil des Vaters irgendwelche Vorsorge getroffen habe. Dort sagt nämlich Justinian, nachdem unmittelbar vorher bemerkt ist, wie es unangemessen sei, daß, während der Vater ohne Zustimmung des Sohnes dessen Ehe nicht lösen könne, doch aber dem Sohne, selbst dem minderjährigen, die Möglichkeit zugestanden sei, ohne den Willen des Vaters sich zu scheiden:

*Τοῦτο δὲ εὖ μὲν ἀρξάμενος ὁ φιλοσοφώτατος ἐθέσπισε Μάρκος, Διοκλητιανὸς δὲ τούτῳ κατηκολούθησεν, ἡμεῖς δὲ ὁμοίως ἀπεδεξάμεθα.*

Diese Bemerkung bezieht sich ohne Zweifel auf L. 5. Cod. de repud. 5. 17., ein Rescript von Diokletianus und Maximianus, welches wieder auf eine Constitution des M. Aurelius („divus Marcus, pater noster, religiosissimus imperator constituit".) Bezug nimmt. Das Rescript aber sagt zuerst: dissentientis patris . . . cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, nisi magna et iusta causa interveniente, und setzt dann hinzu: Invitam autem ad maritum redire, nulla iuris praecipit constitutio. Dieß kann verstanden werden: der Mann könne nicht die Frau reclamiren, wenn diese mit dem Vater einverstanden nicht zu jenem zurückkehren wolle, oder auch: der Vater könne, nachdem er einmal die Scheidung unter Zustimmung

der Tochter erklärt, nicht hinterher die Scheidung wieder rückgängig machen und die Tochter gegen ihren Willen zur Fortsetzung der Ehe anhalten; in dem letzten Sinn ist die Stelle in den Basiliken (XXVIII. 7. c. 19.) mit einer absichtlichen Aenderung aufgenommen. Allein es könnte jener Satz auch etwa dahin verstanden werden, daß überhaupt der Vater die Tochter nicht zur Fortsetzung der Ehe zwingen könne, und dann läge darin eine Anerkennung der Scheidungsbefugniß der Tochter, also noch vielmehr des Sohnes. Aber dann müßte man voraussetzen, daß Marcus noch eine Bestimmung aufgestellt habe, welche einer Beeinträchtigung der Rechte des Vaters in Ansehung der Dos entgegentrat. Denn, wenn nach L. 5. D. de divortiis selbst die Scheidung von Seiten der emancipirten Tochter nicht zur Vereitelung des Rechts des Vaters an der dos profectitia dienen sollte[49], so konnte noch viel weniger zugelassen werden, daß die Scheidung der Filiafamilias ohne Zustimmung des Vaters das eventuelle Recht des letzten in Ansehung der Dos alterire, so wie im umgekehrten Falle, wenn der Vater das Repudium geschickt hatte, die Tochter aber die Ehe fortsetzen wollte, jener noch kein Recht an der Dos geltend machen konnte, als ob die Ehe wirklich aufgelöst wäre[50]. Dieß angenommen würde die Hinweisung

[49] Si filia emancipata idcirco diverterat, ut maritum lucro dotis afficiat, patrem fraudet, qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset ... patri succurrendum est. Man möchte fragen: wie konnte die Scheidung dazu dienen, ut maritum lucro dotis afficiat? er mußte sie ja, nur allenfalls mit einer Retentio, herausgeben. Es war möglich mittelbar dadurch, daß die geschiedene Frau die (nicht vererbliche) Dotalklage anzustellen unterließ, oder ihre Forderung geradezu erließ, oder die Dos dem Manne vermachte, welches letzte aber nach damaligem Recht nur Sinn hatte, wenn sie entweder die Dos schon zurückerhalten oder wenigstens den Mann schon in moram versetzt hatte.

[50] Fragm. Vat. §. 116. Diese nur lückenhaft lesbare Stelle aus den Responsa des Paulus lautet mit den Ergänzungen nach Mommsen's Ausgabe folgendermaßen: Pater invita filia repudium genero misit, quaero an solus profectam ex bonis paternis dotem petere possit. Paulus respondit: matrimonium quidem repudio a patre misso solutum videri, sed patri filiam invitam a marito abducere per praetorem non liciturum neque eum dotem repetere posse nisi filia consentiente. Treffender scheint mir die Ergänzung von Huschke, iurisprud. anteiust. p. 640. Jure potestatis pater invita filia repudium genero misit. Quaero, an idem iure stipulationis dotem petere possit? Paulus respondit, matrimonium quidem repudio quoad socerum solutum videri; sed patri filiam invitam a marito abducere non licere, nec dotem repetere posse nisi filia consentiente. Unwahrscheinlich ist es, daß die Frage war, ob in jenem Falle der Vater die actio rei uxoriae wegen der profectitia dos allein ohne Zustimmung der Tochter anstellen könne? Wenn er das bei vollständiger Scheidung nicht konnte, wie sollte man auf den Gedanken kommen, daß er gerade in diesem Falle dazu berechtigt sei? Dagegen, wenn der Vater die Rückgabe der Dos überhaupt oder etwa speciell für den Fall der Scheidung stipulirt hatte, so konnte man allenfalls raisonniren, durch das repudium a patre missum sei für den Vater die Ehe als geschieden anzusehen und daher dessen actio ex stipulatu, die an die Zustimmung der Tochter nicht gebunden war, begründet, obwohl die Tochter den Mann nicht verlassen wollte. Aber wenn dem Vater das abducere filiam a marito verwehrt war, so hieß das nicht, daß die Tochter als Concubine bei ihrem Manne bleiben könne; das bene concordans matrimonium sollte gegen den Willen des Vaters fortdauern; so wollte es Divus Pius. Daher war es ganz angemessen, daß der Vater selbst die stipulirte Dos noch nicht zurückfordern konnte, so lange die Tochter nicht einwilligte.

der Nov. 22. auf Marcus Aurelius in obigem Zusammenhange passender erscheinen. Indessen darf man es mit solchen gelegentlich eingestreuten Reminiscenzen in Justinian's Gesetzen nicht zu genau nehmen und nicht zu viel Gewicht darauf legen.

Uebrigens darf ich nicht unterlassen, auf die interessante Erörterung über das vierte Varronische Fragment, das mit den Worten: ad biviram venio anfängt, aufmerksam zu machen. Voigt S. 73 fg. sieht in dieser bivira die Schwiegertochter, die scherzweise so genannt werde, weil sie gleichsam zwei Männer habe, den Mann und dessen Vater, die beide Gewalt über sie hatten, seitdem der Sohn auch ohne Zustimmung des Vaters sich scheiden konnte. Und damit bringt Voigt S. 74 fg. die Erscheinung in Verbindung, daß Gaius und Ulpian die Schwiegertochter als in manu filiifamilias befindlich bezeichnen[51], während Gellius (XVIII. 6.) nach älteren Sprachforschern berichtet: matrem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, also die Schwiegertochter als in manu des Schwiegervaters befindlich bezeichnet, wie denn auch fest steht, daß sie in vermögensrechtlicher Beziehung diesem allein als neptis familias unterworfen war. Meinen philologischen Kenntnissen mißtrauend enthalte ich mich jedoch, über diesen Punkt ein bestimmtes Urtheil zu fällen. Dagegen muß ich mir

## §. 9.

noch einige Bemerkungen erlauben in Betreff desjenigen, was Voigt in §. 17. S. 78—80 über die Zuständigkeit der actio rei uxoriae nach der Lex Maenia vorträgt. Mit Recht hebt er hier als besonders bemerkenswerth hervor, daß, wenn die Frau bei Auflösung der Ehe noch in der väterlichen Gewalt stand, die actio rei uxoriae zwar zunächst dem Vater erworben wurde, dieser aber bei der Klagerhebung wie beim Zahlungsempfang an den Beitritt und die Genehmigung der Tochter gebunden war. Mit Recht schließt er aus L. 66. §. 3. D. soluto matr. 24. 3, daß dieser für die Kaiserzeit vielfach beglaubigte Rechtsatz schon der Republik angehört. Javolenus berichtet hier:

> Filiafamilias divortio facto dotem patri reddi iusserat, deinde parte dotis persoluta pater decesserat: reliquam partem, si (nec)[52] delegata nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo, Trebatius putant; idque verum est.

[51] Gai. I. 148, II. 159. III. 3. 41. Ulp. XXII. 14. Stemma agnationum: lege quemadmodum haereditates redeant, in Huschke's iurisprud. anteiust. p. 513. 599.

[52] Dieses nec fehlt in der Vulgata und bei Haloander.

Demnach hat schon Trebatius, welcher, bereits ein angesehener Jurist, als Cicero seine Topik schrieb, schwerlich die Annahme der lex Julia et Pap. Popp. noch erlebt hat, jenen Rechtsatz gekannt. Dieser ist aber so eigenthümlicher Art, so abweichend von dem regelmäßigen Recht der väterlichen Gewalt, daß man denselben nicht wohl aus einer anderen Quelle, als aus einem positiven Gesetze herleiten kann, und so läßt auch dieser Rechtsatz auf eine alte lex de dote schließen.

Zu demselben Schlusse würde auch schon allein die Unvererblichkeit der actio rei uxoriae berechtigen, wenn diese auch im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes (§. 5. Nr. 1.) nicht auf die Erben der Frau überging. In diesem Punkte weicht aber Voigt S. 80. Anm. 120. von der herrschenden Meinung ab. Er behauptet, die der gewaltfreien Frau in Folge des Todes des Mannes erworbene Dotalklage sei ohneweiters vererblich gewesen; nur im Fall der Scheidung habe die Regel gegolten, daß die Klage auf die Erben nicht übergehe, wenn nicht der Mann schon in Vorzug versetzt worden, und dieß erkläre sich als Produkt der Rechtswissenschaft aus dem Gesichtspunkte, daß die Klage als eine sog. actio vindictam spirans betrachtet werden konnte, verwandt der iniuriarum actio. Auch ich wüßte keine Stelle anzuführen, worin die Unvererblichkeit der Klage, außer im Falle der Scheidung, geradezu anerkannt wäre; fast alle beziehen sich vielmehr auf diesen, indem sie den Mann selbst, nicht erst dessen Erben, als Beklagten voraussetzen. Gleichwohl bin ich nach L. un. §. 4. Cod. de rei uxor. act. 5. 13. geneigt, in dieser Beziehung einen durchgreifenden Unterschied zwischen der actio rei uxoriae und der actio ex stipulatu anzunehmen, den erst Justinian beseitigt hat, indem er die Dotalklage allgemein für schlechthin vererblich erklärte. Wenn Vater und Tochter die Auflösung der Ehe überlebten, so konnte die letzte die Einforderung der Dos von Seiten des Vaters hindern, und wenn dann der Vater starb, so stand diese mit Ausschließung der Erben des Vaters ihr allein zu. In diesem Falle war also das Rückforderungsrecht des Vaters nur an dessen Person gebunden, kein Bestandtheil seines Erbvermögens. Es scheint angemessen, dasselbe auch dann anzunehmen, wenn der Vater allein die Auflösung der Ehe überlebt hatte, in Ansehung der ihm dann zustehenden Rückforderung der dos profectitia, worauf auch L. un. §. 14. Cod. l. c. schließen läßt, und so weiter auch dann, wenn die Frau allein als femina sui iuris die Auflösung der Ehe, sei es durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes, überlebt hatte, bezüglich der alsdann dieser allein zustehenden actio rei uxoriae. Es war überall nur die Möglichkeit

gegeben, die Dos aus dem Vermögen des Mannes wieder herauszuziehen; aber der oder die Berechtigte mußte selbst schon Anstalt dazu getroffen haben, damit auch die Erben das Recht noch geltend machen konnten; widrigenfalls bewährte sich noch der alte Satz: dotis causa perpetua est.

---

Hiermit schließe ich meine Bemerkungen, nicht ohne mich dem Verfasser der Eingangs erwähnten Festschrift zu Dank verpflichtet zu bekennen für die Belehrung, die ich aus deren Studium geschöpft habe, wenngleich ich in einigen nicht unerheblichen Punkten seinen Ansichten nicht beipflichte.*

---

Die Annahme einer lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt 568 hat starke Anfechtung erfahren, besonders von K. Czyhlarz, römisches Dotalrecht S. 2—6. Es ist auch nicht zu läugnen, daß in der Ausführung Voigt's nicht ein vollständig gelungener Beweis eines solchen Gesetzes erkannt werden kann. Aber Wahrscheinlichkeit ist doch meines Erachtens der scharfsinnigen Combination von Voigt nicht abzusprechen. Die obige Abhandlung aber an dieser Stelle einzureihen, hielt ich für angemessen, weil sie gelegentlich manche Punkte des classischen Dotalrechts eingehend zu besprechen Anlaß gefunden hat.

---

## 32.

## Zur Lehre von der Evictionsleistung in Betreff der Dos.**

Bekker in seinem Aufsatze „zur Lehre von der Evictionsleistung", im Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. VI., Nr. VIII., indem er S. 262 die Evictionsleistung bei der Dos berührt, macht unter Bezugnahme auf Vangerow, Lehrb. I. §. 217. Anm. 2. und Arndts Pand. §. 403. Anm. 1. die Bemerkung, daß die hier dargestellte Lehre heutzutage allgemein angenommen und insbesondere auch eine alte Streitfrage über die Auslegung der betreffenden Hauptstelle wohl als ausgekämpft anzusehen sei, und nur in Ansehung der sog. dos necessaria stellt er eine von beiden genannten Schriftstellern abweichende Meinung auf, die er

* Zeitschr. f. Rechtsgeschichte VII. S. 1—44. (1868.)

** Lehrb. §. 403. Anm. 1.

durch eine bisher bei dieser Frage übersehene Stelle zu begründen sucht. Diese Abweichung hätte ich wohl in der 5. Aufl. meines Lehrbuchs berücksichtigen sollen; daß es nicht geschehen, ist nur einem Vergessen zuzuschreiben. Nun aber ist gerade ein Hauptsatz in der von Bekker als streitlos bezeichneten Lehre wieder angefochten von Windscheid, im Lehrbuch des Pandektenrechts §. 495. Anm. 5. (Bd. II. S. 435). Dieß mag es rechtfertigen, daß diese Lehre noch einmal in dieser Zeitschrift zur Sprache gebracht wird. Ich stelle an die Spitze die wohl bekannte L. 1. Cod. de iure dotium. 5. 12. (Severus et Antoninus AA. Nicephoro):

> Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.

Die Constitution unterscheidet folgende Fälle:

1) Es ist ein Versprechen der Dos vorausgegangen. Daß von diesem Fall der Anfang der Constitution zu verstehen sei, nicht, wie Manche geglaubt haben, von einem besonderen Nebenversprechen über Evictionsleistung, das wird nicht mehr bezweifelt, so wenig wie es zweifelhaft ist, daß pollicitatio für dictio interpolirt worden ist. In diesem Falle nun wird eine persönliche Klage gegeben, nämlich eben die Klage aus dem Dotalversprechen. Diese wird als condictio oder actio ex stipulatione bezeichnet. Vielleicht hieß es in der ursprünglichen Fassung „ex dictione vel ex stipulatione agere potest"; um die Erwähnung der dictio hinauszubringen, wurde mit einer sehr leichten Aenderung condictione gesetzt, worunter man sich dann überhaupt eine persönliche Klage aus formlosem Versprechen, eine condictio ex L. 6. Cod. de dotis promissione vel nuda pollicitatione, denken konnte. Jedenfalls ist es die Klage aus dem verpflichtenden Vertrag, durch welche der Mann seine Ansprüche geltend macht, nachdem sich durch die Eviction der Dotalsachen gezeigt hat, daß die Verpflichtung nur scheinbar, nicht wirklich erfüllt worden. War also das Versprechen der Dos auf Hingabe bestimmter Sachen in dotem gerichtet gewesen, so kann in Folge der Eviction

derselben der Mann vollen Ersatz verlangen. War aber das Versprechen dem Gegenstande nach nicht genau bestimmt, so kann nicht behauptet werden, daß der Mann Anspruch habe auf Ersatz des vollen Werthes der evincirten Sachen; wenn z. B. Sachen in genere versprochen waren, die zur Erfüllung des Versprechens gegebenen Sachen aber evincirt werden, so kann der Mann nur verlangen, daß ihm andere Sachen der Gattung gegeben werden, nicht gerade von gleichem Werthe und gleicher Güte, wie die evincirten, sondern von solcher Beschaffenheit, daß sie als geeignete Objekte zur Erfüllung der Obligation gleich Anfangs hätten angeboten werden können und angenommen werden müssen. War eine Dos nach billigem Ermessen versprochen worden, so ist im Falle der Eviction ebenfalls wieder nicht ein Anspruch auf vollen Ersatz des Evincirten anzuerkennen; es ist nur darauf zu sehen, daß dem Manne eine angemessene Dos sicher gewährt werde, und wird es daher auf den arbitratus boni viri in dieser Richtung, nicht schlechthin auf Schätzung des Werthes der evincirten Sachen oder eius quod interest mariti rem evictam non esse, ankommen.

2) Es ist ein Versprechen der Dos nicht vorausgegangen, die Bestellung aber durch Hingabe von Sachen mit aestimatio venditionis gratia geschehen; hier ist der wahre Gegenstand der Dos die Schätzungssumme als Kaufpreis, die nicht evincirt werden kann; die Sachen sind als dem Manne verkauft anzusehen, und gilt dann auch im Falle der Eviction derselben dasselbe wie beim Kaufe. Das sagt der zweite Satz der Constitution, und damit stimmt überein L. 16. D. de iure dot. 23. 3. Vat. fragm. §. 105. Ist dagegen

3) eine Sache ohne vorgängiges Versprechen und ohne solche Aestimation zur Dos gegeben worden, und zwar redlicher Weise, so steht wegen Eviction derselben dem Manne keine Klage zu. Das sagt der dritte Satz: nulla marito competit actio, und ausdrücklich bestätigt dasselbe auch für den Fall, wenn die Sachen zwar mit einer Schätzung, aber nur taxationis gratia hingegeben worden, L. 69. §. 7. D. de iure dot. 23. 3.: Quum res in dotem datas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur; ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro. Aber: alioquin de dolo tenetur, so wird hinzugesetzt; das ist

4) der Fall, auf den der Schlußsatz der L. 1. Cod. cit. sich bezieht. Ist unredlicher Weise dem redlichen Manne eine Sache zur Dos gegeben, so kann er dieserhalb mit der actio doli Ersatz fordern, wenn ein Dritter der Besteller der Dos war, mit einer actio in factum, wenn die Frau

selbst die Dos bestellte. Der Ausdruck „de dolo tenetur" in L. 69. §. 7. cit. bezeichnet nur den Grund, aus welchem die Frau haftet, nicht die Art der Klage, die gegen sie stattfindet; daher ist kein Widerspruch zwischen den beiden Stellen vorhanden.

Diese Erklärung der L. 1. Cod. cit. wird sowohl von Windscheid als von Bekker a. a. O. als richtig anerkannt. Allein der erste bestreitet gleichwohl den Satz unter Nr. 3. Er erkennt ihn nur als richtig an vom Standpunkt des Rechts zu der Zeit, als das vorliegende Rescript erlassen wurde. Aber unzweifelhaft scheint es ihm, daß anders entschieden werden müsse, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seitdem, behauptet er, begründe die Tradition eben so gut eine Verpflichtung wie das Dotalversprechen. Ich kann dieser Ansicht nicht beitreten.

Vorerst steht ihr entgegen, daß sie nicht möglich ist, ohne den Compilatoren den Vorwurf einer heillosen Leichtfertigkeit und Gedankenlosigkeit zu machen, und vorauszusetzen, daß sie mit der Praxis ihrer Zeit, ja mit einer damals schon hundertjährigen Praxis nicht vertraut gewesen seien. Stipulation oder Diction war schon seit Theodosius II. zur Erzeugung jener Verpflichtung nicht mehr nöthig; es genügten qualiacunque verba, welche den Verpflichtungswillen ausdrückten, und nach der Interpolation vollends, mit welcher die Theodosische Constitution in den Justinianischen Codex aufgenommen ist, kann die Verpflichtung durch jede formlose Willenserklärung eingegangen werden. Diese mit Absicht interpolirte Constitution steht als L. 6. in dem tit. Cod. 5. 11., der nach ihr nur noch eine Constitution enthält. Nun sollten die Compilatoren als erste Stelle des unmittelbar folgenden Titels eine Constitution aufgenommen haben mit einem sehr bestimmt lautenden Satze, der nach jener L. 6. cit. durchaus unpraktisch geworden wäre? und zwar, indem sie zugleich durch eine Interpolation (pollicitatio für dictio) bewiesen, daß sie die durch L. 6. cit. bewirkte Aenderung des älteren Rechts klar vor Augen hatten? Sie hätten denselben Satz mit derselben Bestimmtheit als L. 69. §. 7. D. de iure dot. auch in die Pandekten aufgenommen und bei der Revision des Codex in diesem stehen gelassen, immer noch nicht bemerkend, daß er in das geltende Recht nicht mehr passe? Meines Erachtens ist der Rechtsausleger unter diesen Umständen nicht befugt, einen klar ausgesprochenen Rechtssatz einfach bei Seite zu legen, und da nun in Ansehung des fraglichen Punktes zwischen dem neueren römischen und dem heutigen Recht kein Unterschied obwaltet, so ist dieser Satz auch für das letzte noch zu respektiren.

Dieß ist um so mehr zu behaupten, als der Satz auch im heutigen wie im neueren römischen Recht, ungeachtet der verpflichtenden Kraft des formlosen Vertrags, einer inneren Berechtigung keineswegs entbehrt. Es ist auch im heutigen Recht noch ein Unterschied zwischen einer Willenserklärung des Inhalts, daß man sich zu einer Leistung verpflichte, und der Willenserklärung, welche in einer ohne vorgängige Verpflichtung geschehenden Leistung sich ausspricht, daß man dem Empfänger eben den Gegenstand der Leistung zuwende. Windscheid fragt: „Will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder, besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird?" Ich antworte darauf: Jene Erklärung kann genügend sein, um den Willen sich zu verpflichten, wie sich der Römer durch Stipulation verpflichtete, auszudrücken; dieser Wille ist das entscheidende; wo er fehlt, entsteht noch keine Obligatio, und ich möchte nicht behaupten, daß unter allen Umständen jene Erklärung ein unzweifelhafter Ausdruck dieses Willens sei. Wer aber dieselbe nur bei der Tradition abgibt, um zu erkennen zu geben, zu welchem Zweck, in welcher Absicht, ex qua causa, er tradire, wer eben nur in der Tradition erklärt, daß er dotis causa gebe, der erklärt den Willen, sich zu verpflichten, entschieden nicht; er kann, abgesehen von dem Falle des Dolus, nicht einmal glauben, daß daraus eine Obligatio entstehe; er überträgt, seiner Meinung nach, das Eigenthum; damit ist die Sache abgethan. Es scheint mir ein Fehler, die Lehre von der Giltigkeit des formlosen Vertrags so weit zu treiben, daß man den Unterschied zwischen einem obligatorischen Vertrag und dem in der Tradition liegenden Vertrage ganz verkennt und verwischt. Eine Obligatio entsteht daraus so wenig, wie in dem Falle, wenn Jemand conditionis implendae causa eine Sache tradirt oder ob causam futuram, wo nicht ein unbenannter Contract vorliegt, so wenig, wie der Erbe verpflichtet wird, wenn der Erblasser eine Sache, die er irrthümlich für die seinige hält, unter der Auflage vermacht hat, daß von den Einkünften die Studienkosten eines jungen Mannes bestritten werden. Wie unangemessen die Behauptung Windscheid's sei, das zeigt sich einleuchtend in dem Falle stillschweigender Bestellung der Dos, wie sie nach dessen Ansicht (§. 494. Anm. 3.) stattfindet. Er behauptet, eine solche sei in allen Fällen anzunehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird. Wenn also die Frau eine ganze Hauseinrichtung

in die Wohnung des Mannes einbringt, ein Landgut ohne Vorbehalt seiner Verwaltung übergibt, nachher aber ein todtgeglaubter Bruder die Hälfte dieses Vermögens in Anspruch nimmt, ein Dritter einen Theil des Hausrathes, als von ihm dem verstorbenen Vater der Frau in Verwahrung gegeben, evincirt, so könnte der Mann, nach der Consequenz der beiden Behauptungen Windscheid's in §. 494. Anm. 13. und §. 495. Anm. 5. auf Evictionsleistung klagen.

Diesemnach kann ich mich nicht bestimmt finden, in einer künftigen Auflage meines Lehrbuchs den §. 403 nach Windscheid's Ansicht abzuändern. Aber auch zu der von Bekker a. a. O. beantragten Modification kann ich mich nicht verstehen.

Bezüglich der sog. dos necessaria behaupte ich, daß im Falle der Eviction zunächst die Frau auf bessere Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeit des Bestellers der Dos zu klagen berechtigt sei, der Mann nur, sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten habe. Bekker aber, die Richtigkeit des Satzes nach bloßer Consequenz nicht bestreitend, glaubt, die Römer seien in dieser Richtung einen Schritt weiter gegangen und geben nach geschlossener Ehe dem Mann die Klage unmittelbar. Den Beweis dafür findet er in

L. 34. D. de iure dot. 23. 3. (Ulp. lib. XXXIII. ad Sabinum.): Mater quum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit, dein mortua est mater; si inscia invitave uxore vir id aurum in dotem dedisset, manet id aurum heredis matris vindicarique potest, et eo minorem dotem viro datam esse placuit; quia res evicta est marito, competit adversus socerum actio, (oder: quia res evicta est, marito comp. adv. s. a.).

Da hier nur gesagt ist, daß der Vater der Frau die Dos gegeben habe, so müsse man annehmen, sagt Bekker, daß er eben als Vater, d. h. wegen der ihm als Vater obliegenden Verbindlichkeit, eine Dos zu bestellen, auch zur Evictionsleistung gehalten sei. Ich halte diese Erklärung für unmöglich und glaube, daß ein besonderer Grund der Haftung des Schwiegervaters wegen Eviction (nach L. 1. Cod. cit.) in der Stelle vorausgesetzt werden muß. Die Verpflichtung des Vaters zu angemessener Dotation der Tochter wird in L. 19. D. de ritu nupt. 23. 2. (Marcianus lib. XVI. Institut.) in folgender Weise anerkannt:

Capite trigesimo quinto legis Iuliae, qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Severi et

Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare.

Ob auch die Dotationspflicht des Vaters schon in der lex Iulia anerkannt war oder erst durch die ausdehnende Constitution von Severus und Caracalla festgestellt wurde, ist streitig. Ich halte mit Zimmern, Rechtsgeschichte I. §. 159. Anm. 4. und Demelius, legum fragm. p. 49. not. 12. das erste für wahrscheinlicher. Wie man aber auch darüber denken mag, so ist es unzweifelhaft, daß zur Geltendmachung dieses Dotationsanspruches keine actio gegeben sein konnte. Nur im Wege einer extraordinaria cognitio konnte der Vater angehalten werden, wie schon der Ausdruck „per proconsules . . . coguntur" beweist. Ohnehin ist das collocare in matrimonium und das dotare nicht zu trennen, da die Tochter ohne dos als illocabilis anzusehen war. Die Dotation aber war durch den Magistratus nach billigem Ermessen zu bestimmen. Wenn nun der Vater ungezwungen für die Tochter eine Dos bestellt und dabei auch Goldsachen, die ihm nicht gehörten, mitgegeben hatte, woher sollte wegen deren Eviction dem Manne, bloß mit Rücksicht auf jene gesetzliche Verpflichtung des Vaters, eine actio kommen? Er hätte doch höchstens, falls nun die Dos ihm nicht mehr eine angemessene schien, deßhalb eine Imploration an den Magistratus richten können, um eine angemessene Ergänzung des Ausfalles nach billigem Ermessen zu erwirken. Das aber hätte Ulpian gewiß nicht mit den Schlußworten der L. 34. cit. ausgedrückt.

Ich kann hiernach nicht zugeben, daß diese Stelle (die ich in Parenthese zu dem ersten Satze der L. 1. Cod. cit. selbst angeführt habe) eine direkte Entscheidung der Frage in Bekker's Sinn enthalte. Denkt man dabei an den Fall der gesetzlichen Verpflichtung des Verführers nach neuerem Recht, so tritt auch hier das Unangemessene dieser Meinung grell hervor. Gesetzt, derselbe hat nach gütlichem Ausgleich mit der Verführten für diese dem Mann eine Dos bestellt: soll dieser nun berechtigt sein, ohne Autorisation der Frau Klage wegen Eviction gegen jenen zu erheben, auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung desselben, und dadurch in gerichtliche Verhandlung ziehen, was sie gern mit einem Schleier bedeckt sähe? Hätte aber der Verführer der Frau selbst die Dotation ausgezahlt und diese davon erst dem Manne die Dos bestellt, so könnte vollends gar keine Rede davon sein, daß der letzte aus eigenem Recht auf Evictionsleistung klagen könnte.

Ich benutze diese Gelegenheit, um noch eine andere Bemerkung gegen Windscheid zu machen. In §. 499. Anm. 4. tritt derselbe in Ansehung

der bekannten Streitfrage, ob der Vater im Fall des Todes der Frau die dos profectitia auch dann, wenn die Tochter emancipirt war, zurückfordern könne, nicht nur der nach Francke's Abhandlung im Archiv XXVI. 14. von Vangerow in der 6. und 7. Aufl. §. 220. Anm. 1. vertheidigten Ansicht bei, sondern behauptet auch, gegen Vangerow Anm. 1. a. E., daß der Vater selbst die der noch in der Gewalt befindlichen Tochter bestellte Dos nicht fordern könne, wenn die Tochter zur Zeit ihres Todes nicht mehr in der väterlichen Gewalt sei. Er hält dafür, daß auch dieses durch L. un. §. 13. Cod. de rei ux. act. 5. 13. unwiderleglich bewiesen werde, indem dieselbe sagt:

„Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.

Dieß scheint mir unrichtig. In dem vorhergehenden Theile des §. 13. cit. ist immer nur von der durch einen Extraneus bestellten Dos die Rede und wird erklärt, daß in Beziehung auf diese nicht eine stillschweigende Stipulation der Rückgabe der Dos anzunehmen sei, sondern in Ermangelung einer ausdrücklichen Stipulation von Seiten des fremden Bestellers immer nur der Frau die durch dieses Gesetz eingeführte sog. actio ex stipulatu zustehen solle. Wenn nun am Ende der angeführte Satz hinzugefügt wird, so kann dieser nur zu der Erklärung dienen, welche Dos als von einem Extraneus bestellt anzusehen sei, und daher der Frau anfalle. Nicht von einem Extraneus bestellt aber ist darnach die Dos, welche der Vater seiner zur Zeit noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Tochter bestellt hat. Es ist daher unzulässig, die letzten Worte: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem, (richtiger würde gesagt sein: ex tacita stipulatione actionem) donamus, so zu verstehen, als sagten sie: parenti enim, qui dotatam filiam in potestate (nunc) habet, . . . actionem donamus. Dieß wäre sogar Unsinn: es hätte, wenn der Gesetzgeber den Gedanken Windscheid's ausdrücken wollte, gesagt werden müssen: qui dotatam filiam tempore mortis eius oder usque ad tempus mortis in potestate habebat. Es wäre auch innerlich verkehrt. Denn wenn die Sache so behandelt werden soll, als hätte der Vater die Rückgabe der Dos stillschweigend stipulirt, so kann dieß doch nur mit Rücksicht auf die Zeit der Bestellung gedacht sein; es muß also dieselbe Folge eintreten, als ob der Vater bei der Bestellung die Rückgabe ausdrücklich stipulirt hätte; in diesem Fall ist aber kein Zweifel, daß die spätere Emancipation der Tochter auf das Recht des Vaters keinen Einfluß hat. Darüber ob der

Vater auch die der bereits emancipirten Tochter bestellte Dos fordern könne, mag immerhin der Streit fortdauern, weil man verschiedener Meinung darüber sein kann, ob durch L. un. §. 13. cit. die widerstreitenden Pandektenstellen antiquirt seien, oder ob mit Rücksicht auf dieselben L. un. §. 13. cit. in f. beschränkend zu erklären sei. Darüber ob der Vater in Ansehung der dos profectitia jenes Recht habe, wenn die Tochter erst später emancipirt worden ist, kann ich einen Zweifel nicht für berechtigt erkennen.*

---

Mit obiger Ausführung betreffend die Evictionsverbindlichkeit des Bestellers einer Dos, gegen Windscheid, erklärt sich vollkommen einverstanden K. Czyhlarz, das römische Dotalrecht §. 61. S. 208 fg., der aber (§. 62. Anm. 3.) auch den oben S. 484 behaupteten Anspruch der Frau auf bessere Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeit des Bestellers, namentlich des Vaters, im Fall der Eviction einer sogenannten dos necessaria in Abrede stellt (vgl. das Lehrb. §. 403, Anm. 2.). Gegen Windscheid erklärt sich sehr entschieden auch Brinz Pand. §. 272. S. 1263: „Daß . . . . die dotis datio den Geber ohneweiteres evictionspflichtig mache, . . . . wird zwar von Windscheid angenommen, hat aber unseres Erachtens weder die Doktrin, noch die Quellen, noch die Natur der Sache für sich". Indessen hat Windscheid, Pand. 2. Aufl. §. 342. Anm. 6 b. §. 495. Anm. 5. seine Ansicht wieder vertheidigt. Er bemerkt gegen obige Ausführung (S. 483): Wer zugebe, daß zum obligatorischen Vertrag die Form des Versprechens nicht erforderlich sei, müsse doch auch in der Tradition ein obligatorisches Element anerkennen; — „er müßte denn eine jede Tradition so auslegen wollen: ich mache dich zum Eigenthümer, wenn ich es selbst sein sollte". Das scheint mir nicht treffend. Jede Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung kann man unbedenklich so auslegen: ich mache dich zum Eigenthümer, vorausgesetzt, daß ich selbst es bin; ich gebe mein Eigenthum auf, um es dir zu übertragen. Keineswegs aber liegt in jeder Tradition das obligatorische Element, daß der Tradent dafür einstehe, den Empfänger zum Eigenthümer zu machen, auch wenn er es nicht sei; keineswegs ist jede Tradition so auszulegen, wie Windscheid zu wollen scheint: ich mache dich zum Eigenthümer, wenn ich selbst es bin, und stehe dafür ein, daß ich's bin, oder verpflichte mich dafür zu haften, wenn ich's nicht bin. Damit der Tradent dafür hafte, muß daneben eine Verbindlichkeit dazu begründet sein oder gleichzeitig begründet werden,

* Archiv f. civ. Prax. L. S. 149—153. (1867.)

und das ist eben nach der klaren L. 1. Cod. cit. bei nicht doloser dotis datio nicht als selbstverständlich anzunehmen. Windscheid bemerkt weiter: „Wie wenig die Römer gemeint waren, die Tradition überhaupt, und speciell die Tradition zum Zweck der Erfüllung, in dieser Weise aufzufassen, zeigen L. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. L. 131. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 27. D. de solut. 46. 3. L. 45. §. 1. L. 46. D. de legat. I.; da die Tradition an sich nicht die Verbindlichkeit erzeugte, zu ihrem Inhalt zu stehen, so wurde nur diejenige Tradition für eine rechte Tradition erklärt, bei welcher die Evictionsverbindlichkeit freiwillig übernommen worden war". Dieser letzte Satz lautet etwas befremdlich, die angeführten Stellen aber verschlagen für unsere Frage gar nichts. In L. 16. cit. bespricht Celsus den Fall: „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares"; er erkennt darin nicht einen Kaufcontract mit Baarzahlung des Preises, sondern ein datum ob causam, das causa non secuta zurückgefordert werden kann. Gesetzt nun, sagt er, alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; natürlich, denn causa non est secuta, nämlich das Dare Stichum, d. i. die Gewährung des Eigenthums des Sklaven, ist nicht erfolgt, obgleich der Empfänger des Geldes ihn sogar mancipirt und tradirt hat. Et rursus, fährt Celsus fort, si tuus est Stichus, et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim; auch recht; denn die causa futura, ob quam pecunia data est, sc. ut mihi Stichum dares, ist natürlich so verstanden, daß du mir das Eigenthum des Sklaven verschaffest, gesichert gegen Eviction, und wenn du nun dafür zu haften dich nicht verpflichten willst, so mußt du entweder selbst deinem Rechte nicht trauen oder etwa besorgen, daß der Sklave durch einen Pfandgläubiger evincirt werden könne. Was aber folgt daraus für den Fall, daß der Sklave dotis causa gegeben wird? Doch nicht, daß die datio dotis keine rechte ist, wenn der Besteller sich nicht freiwillig herbeiläßt, de evictione zu promittiren? noch auch, daß er ohne solches Versprechen de evictione haftet, wenngleich er nicht verpflichtet war, dotis causa den Sklaven zu geben? Die anderen Stellen aber beweisen nichts, da sie nur von Fällen reden, wo das Dare speciell zum Zweck der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit geschehen, und dazu wird natürlich ein wirksames gegen Eviction gesichertes Dare erfordert. Ueber L. 45. §. 1. cit. vgl. meine Lehre v. d. Vermächtnissen I. S. 177 fg. L. 131. §. 1. cit. aus Scävola's Quästionen sagt:

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus

Titio traditus (vielleicht ursprünglich mancipio datus et traditus) sit, nihilominus fundum petere potest, ut sibi de evictione promittatur; nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio; sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur, traditione protinus reum liberari.

Durch Stipulatio ist eine Obligatio auf fundum dari begründet. Erfüllt wird diese dadurch, daß entweder dem Stipulator oder dem solutionis causa adiectus Titius das Eigenthum des Grundstücks gewährt wird. Ist nun dieses dem Titius tradirt (mancipirt und tradirt), so kann jener doch noch klagen, um Sicherstellung gegen Eviction zu erwirken, als welche erweisen würde, daß die Obligatio nicht wirklich erfüllt sei. Er ist aber dabei interessirt, weil er, wie es Regel ist, von dem adiectus solutionis causa die empfangene Sache als Mandant erlangen kann, es also sein Interesse ist, daß der Schuldner seine Obligatio wirklich erfüllt, d. i. dem Titius das Eigenthum übertragen habe, das nun durch diesen ihm zukommen soll. Hatte er aber in der Stipulation den Titius nicht als seinen Mandatar solutionis causa adjicirt, sondern zu dem Zwecke, demselben donationis causa das Eigenthum zuzuwenden, so ist es für ihn selbst von keinem Interesse mehr, sich die Sicherung dafür zu verschaffen, daß durch die Hingabe der Sache an den Titius die Obligatio wirklich erfüllt sei, (da er als Schenker diesem auch nicht de evictione haftet) dieser aber hat als adiectus solutionis causa keine Klage. In diesem Falle also hat der Promittent k e i n e Klage mehr zu befürchten; er ist durch die Hingabe an den Titius liberirt, — jedoch, wie sich von selbst versteht, nur, wenn er diesem wirklich fundum dedit, d. h. ihn zum Eigenthümer gemacht hat. Nun kann man doch nicht sagen, daß diese Hingabe an den Titius, weil der Schuldner dabei nicht freiwillig die Evictionsverbindlichkeit übernommen, keine r e c h t e Tradition, keine r e c h t e datio fundi, gewesen sei. Der Stipulator konnte auf dari rem klagen, und, wenn der Schuldner, um der Verurtheilung zu entgehen, die Sache hergab, noch Gewähr dafür verlangen, daß sie ihm nicht evincirt werde, ihm sicher zu Eigenthum gegeben sei; denn Eviction konnte ja immerhin noch befürchtet werden, und, wenn sie erfolgte, konnte möglicher Weise die actio ex stipulatu auf Erfüllung als consumirte Klage nicht mehr angestellt werden; darum konnte der Beklagte angehalten werden, de evictione zu promittiren, wofern er der Condemnatio vorbeugen wollte. Das entscheidende Moment aber ist, daß der Schuldner zur Verschaffung des Eigenthums, zu wirksamer datio rei verpflichtet war; darum haftet er für Eviction. Wenn

aber Jemand, ohne verpflichtet zu sein, dotis causa eine Sache hingibt, so überträgt er dem Manne nur das Recht, das er selbst an der Sache hat; für Eviction derselben haftet er nur, wenn er sich freiwillig dazu verpflichtet; und daß er stillschweigend durch die Hingabe sich dazu verpflichte, ist eine ganz unberechtigte Annahme.

Aber auch zu der von Brinz wieder vertheidigten älteren Meinung kann ich mich nicht bekehren. Sie versteht unter der in L. 1. Cod. cit. zu Anfang genannten pollicitatio vel promissio nicht dotis promissio, sondern ein eingelegtes Versprechen, für Eviction zu haften, ein ausdrückliches pactum de evictione praestanda; ohne dieses nimmt sie so wenig bei der dotio promissio, wie bei der dotis datio eine Evictionsverbindlichkeit an. Brinz legt Gewicht darauf, daß jene wie diese dotis constitutio sei; das müsse mehr im Auge behalten werden, als daß sie promissio sei. Aber das spricht eher gegen als für jene Meinung. Die promissio dotis ist dotis constitutio, weil sie dem Manne dotis causa sofort eine Vermögensvermehrung gewährt, eine Forderung nämlich, deren Erfüllung er durch Klage erwirken kann. Hat der Mann stipulirt, daß ihm eine bestimmte Sache zur Dos gegeben werde, so hat er eine Klage auf rem dari; der Promissor erfüllt seine Verbindlichkeit nicht, wenn er ihm die Sache zwar tradirt, aber ihn nicht zum Eigenthümer macht. Es ist ja möglich, daß der Besteller der Dos wissentlich eine fremde Sache verspricht; er erfüllt die dadurch contrahirte Verbindlichkeit doch nur, wenn er dem Manne das Eigenthum derselben verschafft. Vermuthlich war es auch nicht wesentlich, daß der Mann ausdrücklich dotis causa rem dari stipulirte, und die Intentio der Klage konnte einfach auf rem dari oportere lauten, wie wenn aus irgend anderem Grunde rem dari stipulirt war; rem dari aber, das heißt: die Sache soll zu Eigenthum gegeben werden. Brinz betont ferner besonders das Wort interposita, das nach seiner Meinung auf einen Nebenvertrag bei der datio dotis zu deuten ist. Mir scheint es aber unglaublich, daß die Kaiser so wie vorliegt sich ausgedrückt haben, um einen Nebenvertrag de evictione bei der datio dotis zu bezeichnen. Die Worte „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita", so wie nachher „si nulla pollicitatio vel promissio intercesserit" und in L. 13. Cod. eod. „si neque pollicitatio (dictio) neque stipulatio intercessit" weisen nur darauf hin, ob in dem Dotalgeschäfte eine dotis pollicitatio (dictio) oder promissio vorgekommen sei oder nicht, und res in dotem data konnte auch die Sache genannt werden, die erst in Folge eines Dotalversprechens dem Manne gegeben war, selbst wenn

dieses auf dieselbe bestimmte Sache als Gegenstand der Dos gerichtet war. Brinz S. 1263. versteht mit älteren Interpreten auch die angeführten Worte der L. 13. cit. von dem Mangel eines pactum de evictione praestanda, und meint, sonst gebe die Stelle einen schwerfaßlichen gekünstelten Sinn. Das sehe ich nicht ein. Die (wie es sehr nahe liegt hinzuzudenken) verstorbene Mutter hatte ihrem zweiten Mann, dem Stiefvater ihrer Töchter erster Ehe, gewisse diesen gehörende Sachen in dotem gegeben, und zwar scienti vitrico, also sine dolo malo. Die Töchter können diese ohneweiteres dem Stiefvater abverlangen, jedoch nur: si neque pollicitatio neque stipulatio intercessit. Hatte die Mutter dem zweiten Mann diese Sachen als Dos versprochen, so haftete sie ihm für Eviction, und diese Haftung traf jetzt die Töchter als ihre Erben. Daher konnten sie jetzt nicht die Sachen vom Stiefvater abverlangen, weil nach damaligem Recht mortua in matrimonio muliere dos remanebat apud maritum. Wahrscheinlich war dieß in dem ursprünglichen Rescript näher angegeben. Mit Rücksicht darauf, daß nach Justinianischem Recht die Erben der Frau die Dos zurückfordern können, kürzten die Compilatoren dasselbe ab, und beschränkten sich darauf, die fragliche Dosbestellung für unwirksam zu erklären, falls nicht eine giltige dotis promissio vorliege. Hiernach scheint mir L. 13. cit. durchaus zu bestätigen, was wir oben aus L. 1. cit. herausgelesen haben. Ganz einverstanden damit ist auch Baron, Pand. §. 535.

Was die oben S. 486. besprochene L. un. §. 13. Cod. de rei ux. act. betrifft, so bin ich erst durch Windscheid's zweite Auflage darauf aufmerksam gemacht, daß in der ersten Auflage durch einen Druckfehler L. un. §. 13. Cod. l. c. angeführt worden statt L. un. §. 11. eod. Aber auch die letzte Stelle beweist nicht den Satz, zu dessen Beleg sie dienen sollte, und hat diesen Windscheid selbst in der zweiten Auflage aufgegeben.

---

## 33.

## Ist Theilung einer gemeinschaftlichen Sache Veräußerung? *

Diese Frage ist laut Nr. 136. S. 543. der Gerichts-Zeitung (Jahrg. 1858) durch Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 3. Februar d. J. verneinend beantwortet worden.

* Lehrb. §. 456. 457. Anm. 1.

Ein Pupill war betheiligt bei einer Erbschaft, die unter anderem auch unbewegliche Güter in sich begriff. Ein diese Erbschaft betreffender Vertheilungsentwurf wurde der Prätur in Crema vorgelegt und von dieser genehmigt, in Folge dagegen ergriffenen Recurses aber durch das Oberlandesgericht zu Mailand dem Landesgerichte zu Lodi zur Beschlußfassung überwiesen, weil Veräußerung unbeweglicher Güter, die sich im Eigenthum von Pupillen oder Pflegebefohlenen befinden, nur von dem Tribunal erster Instanz bewilligt werden könne. Diese Verfügung wurde nun durch den obersten Gerichtshof aufgehoben und zwar aus folgenden Gründen, wie wir a. a. O. wörtlich lesen: „Mit Rücksicht auf den §. 6 des allg. bürgl. G. B., in Erwägung, daß der §. 78 der J. N. (d. i. Jurisdictions-Norm) vom 20. November 1852 nur die Veräußerung unbeweglicher Pupillengüter erwähnt, die Vertheilung solcher Güter unter die Miteigenthümer, wenn auch Pupillen oder Curanden unter diesen vorhanden wären, aber nicht ausdrücklich bezeichnet, und in der ferneren Erwägung, daß Theilungen nicht als Veräußerungen im eigentlichen Sinne angesehen werden können, da der Theilnehmer, weit entfernt, seinen Antheil zu veräußern, denselben vielmehr ungeschmälert für sich behält, und nur anstatt eines ideellen Theils eine bestimmte Sache als sein ausschließliches Eigenthum erhält".

Wir wollen nun nicht darüber absprechen, ob nicht diese hohe Entscheidung in dem vorliegenden Fall materiell richtig sei. Es möchte sich allerdings wohl die Ansicht vertheidigen lassen, daß der §. 78 der J. N. nach der Absicht des Gesetzgebers auf Erbtheilungen, welche unter Mitwirkung der zuständigen Verlassenschaftsbehörden vorgenommen werden, wenngleich sie implicite unbewegliches Pupillengut betreffen, nicht zu beziehen sei. Aber mit der Begründung der Entscheidung können wir uns jedenfalls nicht einverstanden erklären, den Satz namentlich nicht unterschreiben, daß Theilung gemeinschaftlicher Sachen überhaupt keine Veräußerung in sich schließe, daß es überall nicht Veräußerung sei, wenn Jemand anstatt eines ideellen Theils eine bestimmte Sache erhält, und daß somit selbst eine freiwillige Theilung unbeweglicher Pupillengüter jederzeit ohne Genehmigung der dafür bezüglich der Veräußerung solcher Güter zuständigen Behörde rechtsgiltig geschehen könne.

Setzen wir den Fall, ein Pupill sei Miteigenthümer eines Grundstückes, das zur Hälfte aus einem ergiebigen Weinberg, zur Hälfte aus weit minder werthvollem Wald- oder Wiesboden besteht. Wäre obiger Satz richtig, so müßte man behaupten, daß die Vormundschaft ohne obervormundschaftliche Genehmigung in eine Vertheilung willigen könne,

wodurch dem Pupillen die zweite Hälfte ausschließlich zufiele, aus welcher er nur einen beträchtlich geringeren Ertrag zu erzielen vermöchte, als die ihm gebührende Hälfte des Ertrags des ganzen ungetheilten Grundstückes ausmachte; denn — er hat seinen Antheil nicht veräußert, vielmehr denselben ungeschmälert für sich behalten und nur eine bestimmte Sache, jene jetzt ein selbständiges Grundstück bildende Hälfte, als sein ausschließliches Eigenthum erhalten. Wäre dieß der auf Sicherung des Pupillen gegen solche Vermögensminderung gerichteten Absicht des Gesetzes weniger zuwider, als wenn der Vormund einen dem Pupillen ausschließlich gehörenden Weinberg gegen ein minder werthvolles Grundstück vertauscht, oder denselben verkauft? Und doch würde in diesen Fällen die obervormundschaftliche Genehmigung der zuständigen Oberbehörde unzweifelhaft erforderlich sein.

Der zur Begründung des oberstrichterlichen Beschlusses angeführte §. 6 des a. b. G. B. verschlägt hier nichts. Es soll einem Gesetze kein anderer Verstand beigelegt werden, „als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet“. Wie es mit der Absicht des Gesetzgebers in unserem Falle steht, haben wir so eben gesehen. Gerade dieser Passus beweist aber, daß wir das Gesetz nicht bloß aus den Worten auslegen sollen und dürfen, und die wissenschaftliche Doctrin läßt denn auch keinem Zweifel Raum, daß die sog. logische Auslegung auch wohl zu einem von der rein grammatischen Erklärung abweichenden Ergebniß führen könne. „Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“ (L. 17. D. de legib. 1. 3.); und „Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult“, so darf der Ausleger unter Umständen mit Modestinus (L. 13. §. 2. D. de excusat. 27. 1.) sagen, ohne sich eines anmaßlichen Eingriffs in das Recht des Gesetzgebers schuldig zu machen (vergl. die treffliche Ausführung in Unger's System I. §. 13.). Indessen bedarf es in unserem Fall zur Begründung der Entscheidung des Mailänder Oberlandesgerichts überall nicht einer abändernden, weder der einschränkenden, noch der ausdehnenden Auslegung; es kann sich höchstens darum fragen, ob die engere oder weitere Bedeutung eines Wortes der Auslegung zu Grunde zu legen sei, und bei dieser Frage ist die Rücksicht auf den Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit andern und die Erwägung der Absicht des Gesetzgebers vollends von entscheidender Bedeutung.

Was ist denn „die eigenthümliche Bedeutung“ des Wortes

Veräußerung? Was heißt insbesondere Veräußerung einer Sache? Veräußerung heißt überhaupt das Aufgeben eines Vermögensrechtes von Seiten des Berechtigten oder für denselben von Seiten eines Stellvertreters; die Ausscheidung eines Bestandtheiles aus seinem Vermögen durch einen darauf gerichteten Willensakt. Veräußerung einer Sache insbesondere ist das absichtliche und bewußte Aufgeben des Eigenthums an derselben. Man kann dabei eine engere und weitere Bedeutung unterscheiden. Alienare rem heißt zunächst so viel als rem alienam facere, d. i. die Sache, nämlich das Eigenthum derselben, auf einen Andern übertragen; das ist alienatio im engern Sinn; es kann aber auch bloß bedeuten: rem alienam a se facere, dieselbe sich entfremden; in diesem Sinn ist z. B. auch die bloße Dereliction eine alienatio. Das deutsche Wort Veräußerung spricht zunächst dieses letzte aus; sich einer Sache entäußern, d. i. dieselbe außer seinem Vermögen bringen; aber man denkt auch dabei wohl vorzugsweise an die Uebertragung des Rechtes auf einen Andern. Das aber kommt bei dem Begriff der Veräußerung nicht in Betracht, aus welchem Grunde die Ausscheidung aus dem Vermögen geschehe; nicht, ob man etwas anderes für das Veräußerte eintausche oder dieses ohne allen Ersatz hingebe. Wie es nun Veräußerung der ganzen Sache ist, wenn das Eigenthum derselben im Ganzen aus meinem Vermögen ausgeschieden wird, ob ich auch den ganzen Werth derselben und mehr als dieß dafür bekomme, so ist es Veräußerung eines (ideellen) Theiles einer Sache, wenn ich ein bisher zu meinem Vermögen gehöriges Theileigenthum, einen Antheil am Eigenthum einer Sache, aufgebe, einerlei, ob ich es unentgeltlich thue oder dafür etwas anderes, d. h. etwas, das nicht identisch ist mit dem bisher mir gehörenden ideellen Theil, eintausche, sei es, daß irgend eine andere bestimmte Sache oder auch ein bestimmter reeller Theil der bisher gemeinschaftlichen Sache mir ausschließlich dafür überlassen werde.

Hiernach ist es unbestreitbar, daß in der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache nicht minder als in dem Austausch von zwei verschiedenen Sachen eine Veräußerung liege, und zwar von beiden Seiten, man müßte denn behaupten wollen, daß ein intellectueller Theil einer Sache identisch sei mit einem bestimmten reellen Theil derselben, ein Antheil am Eigenthum eines ganzen Grundstückes identisch mit dem ausschließlichen Eigenthum der nördlichen oder südlichen Hälfte desselben. Wenn zwei Miteigenthümer eines Grundstückes dasselbe in dieser Art theilen, so veräußert der eine seinen bisherigen Antheil an dem Eigenthum der südlichen Hälfte und erwirbt dafür den bisherigen Antheil des

andern an dem Eigenthum der nördlichen Hälfte, so daß er nunmehr das ausschließliche Eigenthum der letzten hat; und eben so verhält es sich umgekehrt mit dem andern, der die südliche Hälfte ausschließlich erhält. So gewiß eine Veräußerung darin liegt, wenn die Eigenthümer von zwei der Länge nach von Süden nach Norden neben einander liegenden Grundstücken, der eine dem andern die südliche, dieser jenem die nördliche Hälfte seines Grundstückes abtreten, so daß nunmehr die Grundstücke beider von Westen nach Osten der Länge nach neben einander liegen, so gewiß ist auch in obiger Theilung eines gemeinschaftlichen Grundstückes eine Veräußerung zu erkennen. Ist aber schon dieses unzweifelhaft, so ist noch weniger in dem Falle die Veräußerung zu verkennen, wenn von mehreren gemeinschaftlichen Sachen, wie in obigem Erbschaftsfalle, dem einen diese, dem andern jene Sachen ausschließlich zugetheilt werden, jeder also sein bisheriges Theileigenthum an den dem andern zugewiesenen Sachen ganz aufgibt. Ich gestehe es nicht zu begreifen, wie die beiden Sätze: „der Theilhaber, weit entfernt, seinen Antheil zu veräußern, behält denselben vielmehr ungeschmälert für sich" — „er erhält nur anstatt seines ideellen Theils eine bestimmte Sache als sein ausschließliches Eigenthum" — friedlich neben einander stehen können. Mit gleichem Rechte könnte man sagen: „Wer einen Weinberg gegen einen Acker eintauscht, veräußert nicht ein Grundstück, sondern gewinnt vielmehr ein solches von höherem Werthe".

Es ergibt sich also, daß es gerade einer einschränkenden Erklärung des oben angeführten §. 78 der Jurisdictionsnorm bedarf, um dessen Anwendung auf Theilung gemeinschaftlicher Sachen auszuschließen. Der Umstand allein, daß Vertheilung unbeweglicher Güter dort nicht ausdrücklich bezeichnet ist, berechtigt dazu eben so wenig, als man berechtigt ist, den §. 78 nicht auf den Tausch anzuwenden, weil auch der Tausch unbeweglicher Güter nicht ausdrücklich genannt ist, oder nicht auf das Gegentheil der Theilung, die Eingehung einer Gemeinschaft (communicatio), die ebenfalls nicht ausdrücklich genannt ist.

Die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Ausführung wird sich noch mehr befestigen, wenn wir jetzt noch jene unvergängliche Fundgrube echter Rechtswissenschaft zu Rathe ziehen, die an wissenschaftlichem Gehalt alle Commentarien neuerer Gesetzbücher überwiegt.

Die ursprüngliche Quelle der fraglichen Vorschrift unserer Jurisdictionsnorm besitzen wir in der Oratio des Kaisers Severus, die uns in L. 1. §. 2. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis. 27. 9. erhalten ist. Dieselbe sagt am

Schlusse: „Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, .... nihil novandum censeo“; d. h. wenn der Miteigenthümer des Pupillen auf Theilung klagt (ad iudicium provocat, L. 13. D. de iud. 5. 1.), und in Folge dessen eine Veräußerung des Theileigenthums des Pupillen nothwendig wird, so fällt diese nicht unter das Veräußerungsverbot: mit Recht; denn die Befugniß des Miteigenthümers, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, darf nicht durch das auf die Sicherung des Pupillen berechnete Veräußerungsverbot geschmälert werden; die Bewilligung dieser Veräußerung könnte ohne Unrecht gegen jenen nicht verweigert werden. Also auch hier: „alienationes interdictae sunt duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem iuris habent necessariam“ (L. 13. D. fam. erc. 10. 2.), wie dieß noch in andern Anwendungen in L. 3. §. 1—3. L. 7. §. 1. D. de reb. eor. L. 2. Cod. de praed. vel al. reb. min. 5. 71. ausgeführt ist. Daraus geht nun zweierlei hervor: einmal, daß in der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache überhaupt eine alienatio gesehen wird, sodann, daß insbesondere die provocatio ad divisionem, sofern sie von dem Vormunde des Pupillen ausgeht, nicht, wie die von Seiten des andern Miteigenthümers, von der gesetzlichen Vorschrift ausgenommen, vielmehr sine decreto magistratus wie jede andere Veräußerung eines unbeweglichen Pupillengutes unzulässig ist. Dieß wird denn auch noch ausdrücklich anerkannt in L. 7. pr. D. eod. Hier wird sogar aus jenem Schlußsatz der Oratio, und zwar ganz consequent, deducirt, daß es, wenn ein Grundstück sich im Miteigenthum von zwei Pupillen, die verschiedene Vormünder haben, befinde, zu einer Veräußerung aus jenem Grunde sine decreto magistratus gar nicht kommen könne: „neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem exspectare“, und weiter gefolgert: „item si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet“.

Dasselbe spricht auch L. 17. Cod. l. c. aus: Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia senatusconsulti distrahi patitur; nam ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio eius alienationem et sine decreto fieri jampridem obtinuit. Diese richtige Ansicht der Sache finden wir denn auch schon unter Bezugnahme auf die angeführten Stellen in Unger's System II. S. 176, Anm. 16, angedeutet, indem er, und mit Recht, es als selbstverständlich annimmt, daß dieß nach österreichischem Rechte nicht minder als nach römischem wahr sei, weil es aus der Natur der Sache abgeleitet ist.

Machen wir nun davon Gebrauch für die Beurtheilung unseres Falles, so ergibt sich, daß die Untersuchung auf den Punkt zu richten war, ob das auf Antrag der nicht unter Vormundschaft stehenden Miterben von der Prätur eingeleitete Theilungsverfahren und der darauf erfolgte Theilungsbeschluß, als von der dafür competenten Gerichtsbehörde ausgegangen, an sich ungeachtet des §. 78 der J. N., für rechtsbeständig zu erkennen sei. Und von diesem Gesichtspunkte aus mußte dann die oberstrichterliche Entscheidung gerechtfertigt werden, ohne einen Satz zu Hilfe zu nehmen, der zu bedenklichen der Absicht des Gesetzes widerstreitenden Consequenzen führen würde. *

* Oesterr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1858. Nr. 147.